

第十一卷



主 编 © 卢建平

京师法律评论

Jingshi Law Review

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第十一卷



主 编 © 卢建平

京师法律评论

Jingshi Law Review

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

京师法律评论. 第十一卷 / 卢建平主编. —北京: 中国法制出版社, 2017.12
ISBN 978-7-5093-8966-9

I. ①京… II. ①卢… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 278841 号

责任编辑: 孙璐璐 (cindysun321@126.com)

封面设计: 杨泽江

京师法律评论. 第十一卷

JINGSHI FALÜ PINGLUN. DI-SHIYI JUAN

主编 / 卢建平

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2018 年 1 月第 1 版

印张 / 22 字数 / 348 千

2018 年 1 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8966-9

定价: 78.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66038703

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

编辑委员会

学 术 顾 问：江 平 高铭暄

主 任：赵秉志

委 员：（按姓氏音序排列）

柴 荣 韩赤风 黄 风 冷罗生 李 滨

梁迎修 刘培峰 刘荣军 卢建平 宋英辉

吴宗宪 夏利民 熊跃敏 徐胜萍 薛 虹

张桂红 张远煌 左坚卫

主 编：卢建平

本卷执行主编：马剑银

卷首语

自接任《京师法律评论》主编之时起，我的脑海里就一直有一个话题，或者说是一个疑问，这样的刊物为什么我们还要继续办下去？难道仅仅是为了表示学术的高雅，或是为了刷所谓的“存在感”？在天下熙熙皆为利往的现今，学术书籍生存境遇尤为艰难。不为柴米而折腰，不求显达于豪贵，多少有些孤芳自赏，自命清高，但这恰恰就是学者最赏识的风骨。唯其艰难，方显珍贵。在当今中国的700余所法学院系中，有很多院系已经创办了自己的学术评论，《京师法律评论》虽为后生，却也不甘寂寞，事实上也并不寂寞。“桐花万里丹山路，雏凤清于老凤声。”自创办至今的十余年里，《京师法律评论》始终追随着中国法治进步的足迹，或以旁观者或以参与者的身份，发出我们的鼓与呼，并与无数的同行一道，汇成中国法学的交响乐。例如，本期的“主题研讨”聚焦刚刚于10月1日正式施行的《民法总则》，从宪法、刑法、商法等不同角度探讨民法总则的制定根据、代理、监护、法人治理、破产制度等。我们的声音也并不孤单，本期的“域外法音”就译介了德、法等国的民法典，刊发了普通法系与民法法系的比较文章。我们的声音也不单调，譬如合唱之中也有各式唱法，“学科专论”犹如专业的美声，“青年文苑”如同歌坛新秀的预告，表明我们的事业后继有人，而“先贤文萃”则如老曲新唱，让人对京师法学的历史肃然起敬。

在如今互联互通的信息网络时代，新媒体盛行，人手一机，手机阅读成为时尚，而纸质出版物似乎沦为古董。试问，如今还有几人在读书？但在电子图书、微信泛滥的当下，每每收到各兄弟院校的法学评论，我总会第一时间打开，手捧沉甸甸的评论，闻着油墨的清香，总是一件开心事。倘若在其中寻得一二美文，则如他乡遇故知，又如久旱逢甘霖，内心的愉悦无以言表！

也许是我们越来越接近传统，但我们绝不至于被这个时代淘汰，因为每个时代总是由传统和创新交互构成，每个时代需要被突破，也都需要被记录和保存，需要立此存照！面对铺天盖地、无孔不入的电子化数字化，我总是杞人忧天，万一哪天都断电了，或者电子存储系统出现故障，网络陷于瘫痪，我们还能读些什么？我们的后代又能读些什么？如此想来，出版传统的纸质书籍，确实有点怀旧，近乎发思古之幽情，而这就和我们的底线原则或者最坏打算很接近了，就是为了留下自己的足迹或者声音。古人推崇的“三立”之中，无论道德楷模的“立德”、政治建树的“立功”，都及不上学术传承的“立言”！无法想象，如果不是以文字这样一种固化的方式誊写或刻印在靠谱的材质上，秦皇汉武唐宗宋祖的伟烈丰功又到哪里去寻踪迹？如果不是古巴比伦人将彼时的法条刻在坚硬的玄武岩上，《汉谟拉比法典》又如何能够传世至今？

一旦上升到了这样的历史高度，出版作品赚钱赔钱就显得无足轻重了。赚钱固然很好，可以给编辑和作者们发些稿酬；赔钱也没有关系，因为赔钱不赔“本”！所以，无论如何，《京师法律评论》都要继续办下去！

卢建平

2017年10月17日

目 录

主题研讨

- | | |
|--|----------------|
| 论《企业破产法》与《民法总则》的契合 | 李曙光 // 003 |
| 刑民交叉视野下监护制度的完善研究 | 卢建平 钟雅雯 // 013 |
| 事业单位法人治理的理论逻辑与路径选择
——兼评《民法总则》第 89 条 | 夏利民 王运鹏 // 032 |
| 《民法总则》的“绿化”及其限度 | 严厚福 刘 湘 // 050 |
| “根据宪法，制定本法”的宪法解读 | 李 想 // 061 |
| 如何认识《民法总则》 | 孙宪忠 // 074 |
| 《民法总则》代理规则的新发展 | 朱庆育 // 095 |
| 总则已如此，分则该如何
——关于民法分则编纂中需要注意的几个问题 | 薛 军 // 119 |

域外法音

- | | |
|--------------------------|--|
| 伯恩哈德·温德沙伊德及其对私法与私法学的影响 | |
| [德] 马克斯·吕梅林 刘筱姝 译 // 145 | |
| 《法国民法典》解释的起源：二元主义及其渊源 | |
| [法] 西尔万·布洛凯 刘泽宁 译 // 169 | |

决定时刻：普通法系较之民法法系的优点

[美] 理查德·卡帕里 杨国栋 译 杨倩 校 // 201

学科专论

虚假诉讼：识别、查证与规制

熊跃敏 梁喆旒 // 225

中小企业社会责任法律规制完善路径之选择

林艳琴 // 238

未成年人附条件不起诉制度实施情况的调研分析

——以 B 市为调研对象

廖 明 // 249

命运共同体、“中国方案”与包容性法治

袁达松 姚幸阳 // 265

国家衡平补偿研究

张 红 孙璐瑶 // 279

青年文苑

物权法定缓和视阈下让与担保的实然与应然

——兼论《民间借贷规定》第 24 条之反思

张燕城 // 297

先贤文萃

清代庄史案之重鞠

杨鸿烈 // 317

撤销领事裁判权问题

张耀曾 // 330

席聘臣拟中华民国宪法草案

席聘臣 // 340



主题研讨

论《企业破产法》与《民法总则》的契合

李曙光*

2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议表决通过《民法总则》。这部即将于10月1日正式实施的市场经济基础性法律,其诸多内容的改变必将对许多民商事法律理论产生重要影响。本文将从破产法的角度分析其与《民法总则》的契合,探讨《民法总则》基本原则、民事主体分类和民事法律行为的调整对破产法的影响,以及未来破产法修改时如何做好衔接。

一、破产法基本原则与民法基本原则的契合

民法基本原则是贯穿于整个民事立法,对各项民法制度和民法规范起统率和指导作用的立法方针,是一切民事主体应遵循的行为准则,是法律法规进行解释的依据,是补充法律漏洞、发展学说判例的基础。^①这次《民法总则》中“民法基本原则”的规定基本沿用《民法通则》中有关规定,在条文顺序及语言表述上略有调整,但是也有一些重大调整。《民法总则》在《民法通则》的基础上,结合30多年来的民事法律实践,进一步明确了民事主体的人身权利、财产权利以及其他合法权益受法律保护,任何组织或者个人不得侵犯,并确立了平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、守法原则、绿色原则

* 李曙光,中国政法大学教授、博士生导师、研究生院院长;中国政法大学破产法与企业重组研究中心主任。

① 参见梁慧星:《民法总论(第4版)》,法律出版社2011年版,第45页。

六大基本原则。^①

破产法是解决市场经济中平等主体之间发生的债权债务关系的法律，债权债务关系本质上就是一种私法关系，更多的是以当事人意思自治和契约自由为基石。因此，从法律体系的逻辑来说，破产法的基本原则应该是与民法的基本原则高度契合。

破产法的主体平等原则与民法平等原则相契合。私法的公正性要求对所有的主体适用统一的法律规范，不能对不同的主体适用不同的法律制度与程序。对于处置债权债务关系的破产制度来说，其适用的市场主体或民事主体地位应是平等的，这种平等应包括身份、地位、法律程序的平等。平等原则包括人格的平等、在具体法律关系中的当事人的法律地位平等、对各类民事主体的平等对待以及在补救方法上也充分贯彻平等性。^②当然也包括法律适用的统一性。在当今商业社会中，不同民事主体之间都免不了要发生债权债务关系，就有可能出现资不抵债或者到期债务不能偿付的状况。破产法的主体平等原则在中国的主要问题是，各种市场主体地位，特别是不同所有制市场主体地位的平等，以及在实践中中的落实。

破产法的效率原则与民法的自愿原则在精神内涵上是一致的。破产法的价值体现在它的高效性上，这也是由市场经济的规律决定的，破产法作为市场经济基本法律之一，其目的也是实现社会资源的优化配置，由此决定了破产法的一个重要功能就是迅速地了结债权债务关系，把债务人从沉重的债务负担中解脱出来，同时使社会资源向高效的领域流动。民法的自愿原则也即意思自治原则。自由意味着市场主体自我潜能的激发和自我意愿的自由表达。在市场经济条件下尽可能地赋予当事人的行为自由是市场经济和意思自治的共同要求。^③也只有有在市场经济的条件下使主体自由发挥才能体现市场效率。破产法清算机制的设计，从破产的申请、受理、破产财产的接管到破产财产

① 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》，载“中国人大网”http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm，最后访问时间：2017年8月20日。

② 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社2017年版，第22～23页。

③ 参见江平、张礼洪：《市场经济和意思自治》，载《法学研究》1993年第1期。

的管理、经营、估价、变价、出售、分配，从破产程序的发动到它的管辖及其程序终结，都体现了如何节约交易费用、节约社会成本的效率原则。从各国破产法来看，效率价值体现最明显的是关于程序的时限与债权的确定上，特别是在对不确定的债权和或然债权的确定，为保证破产程序不至于被其拖延，美国破产法甚至授予法院自行裁量与估算的权力。现代社会商业交易的速度和频率在加快，这对效率提出了更高的要求。

破产法的衡平原则与清偿顺位原则和民法的公平原则不谋而合。破产法的公平价值要求衡平债权人与债务人、债权人与债权人、债务人和债务人以及债权人债务人与其他市场参与主体之间的利益。破产程序中诸多债权人和债务人之间的利益既存在着一致性，又存在着冲突的一面，比如在重整程序中，债权人想要最大限度地避免可能出现的风险，并在出现风险时实现自己利益的最大化；债务人也想通过重整程序，能够最终摆脱经营的困境，实现企业或个人商业上的重整再生，但是继续营业的风险是由债权人承担的，不同的债权人对债务人能否再生复兴的预期是大不相同的。这便要求破产程序的设计及破产审判中体现衡平原则。清偿顺位原则，对处境相近的债权人公平保护。破产法通过对债权人的分类和偿付排序，保障处境相近的债权人得到平等保护。这与民法公平原则的精神相吻合。民法上的公平原则是指民事主体应本着公平、正义的观念实施民事行为，司法机关应根据公平的理念处理民事纠纷，民事立法也应该充分体现公平的理念。公平原则要求将公平的理念贯彻在整个民事法律制度的设计当中，公平地配置各方当事人之间的权利、义务。^①当一定范围内的有限财产不足以清偿所有债务时，破产程序的启动就是通过保全破产财产以便公平分配给债权人。

破产法的“给机会”原则和惩罚欺诈原则是民法诚实信用原则和公序良俗原则在破产法领域的具体体现。现代破产法的发展给予处于困境中的债务人拯救再生的机会而不是只有清算一途，重整程序就是这样一种制度安排，它确保企业债务人在困境过程中，能够通过谈判，说服债权人暂缓对企业债务的追偿，进而给予企业东山再起的机会。现代破产法也对个人破产者有债务豁免与复权机制，给诚实的商业失败者减负和再创业的机会。这正符合了

^① 参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社2017年版，第29～30页。

《民法总则》中的自愿原则和诚实信用原则。给予诚信者再来一次的机会，也是对社会诚信行为的激励机制，是对民法诚实信用原则的体现。所有的交易关系本质上都是一种合同关系。现代合同法更为强调对履行承诺的激励，是一种鼓励交易的激励机制，法律对守约者合法权益的保护便是一种有效激励。这使破产法的制度设计中包含了对欺诈交易行为的甄别和撤销，有力地保护了债权人应享有的债权。

破产法所应遵循的基本原则，在《民法总则》中大多做了规定。但从我国破产法的基本原则分析，破产法的主体平等原则、效率原则、衡平原则、“给机会”原则等，无论是在理论还是实践中都存在诸多问题。如主体平等原则方面，我们的破产法还只是覆盖企业主体，没有适用其他主体，我们企业主体的身份地位还不够平等，残留着一些政策性破产的痕迹；在效率原则方面，我们的管理人选任及功能的发挥，以及破产法院对案件的受理和破产程序中对时间节点的把握还没有完全体现高效原则；在衡平原则方面，没有给债权人选择管理人更大的自由空间；在“给机会”原则方面，我们的重整制度还有很多缺陷，个人债务重整与预重整制度等都付之阙如，对破产欺诈的打击还欠缺一些细致规定。这都是我们下一步修改破产法的具体方向。

这次《民法总则》新增加了一个重要原则，即“绿色原则”。“绿色原则”即保护生态环境、节约资源的原则。这一原则回应了现代社会突出的环境问题，既传承了天地人和、人与自然和谐共生的我国优秀传统文化理念，又体现了党的十八大以来的发展理念，是我国民法总则在新的历史时期提出的新的理念，也符合我国社会的五大发展理念。^①

在绿色原则下，发展“绿色金融”^②应是破产法一个重要的新概念。绿色金融包括绿色信贷、绿色债券、绿色发展基金、绿色保险等金融工具，在整个绿色金融体系下形成的债权，可称为“绿色债权”。破产法对于推动绿色金融有以下两个方面的重大作用：其一，为金融资金的流向指引方向；其二，为

① 王利明：《民法总则彰显鲜明时代特色》，载《检察日报》，2017年3月21日，第3版。

② 2016年8月31日，人民银行联合七部委发布了《关于构建绿色金融体系的指导意见》，其中指出“绿色金融是指为支持环境改善、应对气候变化和资源节约高效利用的经济活动，即对环保、节能、清洁能源、绿色交通、绿色建筑等领域的项目投融资、项目运营、风险管理等所提供的金融服务”。

绿色债权的实现提供可期待性。发挥好破产法对绿色金融的推动作用需要解决好这两个问题:首先,要界定好“绿色信贷”,不能把什么贷款都往这个篮子里装。其次,“绿色债权”在债务人破产清算时的优先顺位值得仔细考量。“绿色债权”的优先性不意味打破破产清偿中具有绝对优先地位的担保债权,对于无担保的“绿色债权”,其位序一般优先于普通无担保债权,而次于其他优先权。

二、破产法对民事主体分类变化的回应

这次《民法总则》中关于民事主体分类采自然人、法人与非法人组织三分法,是《民法总则》的重大创新。其中将法人划分为营利法人、非营利法人和特别法人更是根据中国实践发展变化而对法人制度的重大变革。《民法总则》将《民法通则》中关于法人规定的很多不够细致和准确的地方都予以了修改和完善。如将独立承担民事责任作为法人成立的效果而不再是法人的成立要件,将法人的法定代表人制度、法人的终止和清算进行了完善。^①《民法总则》的落地实施及其分类概念将会极大地影响现行正在实施的民商事法律,我国的《企业破产法》应对《民法总则》新的民事主体分类做出积极回应。

第一,关于自然人破产能力的思考。《民法总则》将《民法通则》中的“公民”概念调整为“自然人”,去除政治意味,恢复市场经济平等主体的本质。个人参与商业活动越来越深入频繁,“自然人”概念对接到破产法中指日可待。在民商一体下,对于“两户”的破产能力及具体责任承担还需要更为详细的安排。关于个体工商户及农村承包经营户债务承担虽有细化规定,但仍是无限责任,因此关于“两户”的债务承担规定还有很多未尽事宜。个人破产制度各界呼吁已久,未来自然人破产能力的划分是以年龄为标准还是以民事行为能力为标准抑或是对有完全民事行为能力的未成年人有特别规定值得商榷,但是毋庸置疑,“自然人”概念的明示为个人破产的引入扫清障碍。

第二,关于法人破产能力的思考。首先,《民法总则》第73条规定了“法

^① 江平:《〈民法总则〉评议》,载《浙江工商大学学报》2017年第3期。

人破产”^①，从体系上看，此条列于“法人一般规定”中，意味着承认了所有法人均可作为破产主体。其次，将法人按照目的分为营利性法人和非营利性法人，这两者都为破产主体时，破产程序及财产分配是否会因目的不同而有所不同？在《企业破产法》起草过程中，曾有草案将破产法的适用范围规定为“企业法人、合伙企业及其合伙人、个人独资企业及其出资人、其他依法设立的营利性组织”，体现立法者以目的划分的立法倾向，最后通过的《企业破产法》仅规定了“企业法人”的适用。因目的不同而适用不同的破产规则，意味着像民办医院或者民办学校这类法人在以非营利目的成立时，破产程序及机制需要有特殊安排。此外，对于营利法人中承担战略安全重任的国有企业和金融机构的破产规则，也应当与其他营利法人有所不同。另外，在制度安排中区别于营利法人和非营利法人的特别法人，由于可能兼具的公益性质与营利目的，甚至是管理职能而在破产制度设计上需要有特别考量。可见，区分标准的不同会显著导致概念适用衔接的困难。

第三，关于非法人组织破产能力的思考。《民法总则》在民事主体上的重大突破是将原有的二分法演进为自然人、法人、非法人组织三分法。从而将之前有规定而未做归类的合伙企业涵盖进非法人组织。《企业破产法》中并没有明确合伙的适用，但却在《合伙企业法》第92条规定：“合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。”最高人民法院在2012年12月《关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复》中明确“个人独资企业应当符合《企业破产法》第135条的准用性规定，个人独资企业可以参照适用《企业破产法》”。“非法人组织”主要是由于主体缺少独立的民事责任承担能力，在现有的破产法框架下也并非所有的非法人组织都具有破产能力，破产法中能否直接采用“非法人组织”概念并作出区分于其他民事主体的破产规定也是需要探讨的问题。

作为民事活动中的特别法，破产法能够也应当按照《民法总则》关于民

^① 《民法总则》第73条：“法人被宣告破产的，依法进行破产清算并完成法人注销登记时，法人终止。”

事主体的划分方式对不同类型的民事主体的破产能力和破产程序加以规范,这将有利于保持法律体系的自洽性。倘若民事主体的分类方式无法引导破产法对不同的民事主体作出不同安排而需要采用其他分类标准,无法实现《民法总则》与破产法的有效对接,将削弱《民法总则》的统领作用。

无论《民法总则》中关于民事主体划分的争议如何激烈,其优劣是非都须在实践中检验才更有说服力。未来在修改《企业破产法》时,需因应《民法总则》的变化,针对不同民事主体及其中的特殊主体做好衔接和制度安排。

三、破产法对《民法总则》中民事法律行为调整的跟进

除了民事主体分类,“民事法律行为”一章的诸多调整,也要求《企业破产法》及时作出应对和调整。“民事法律行为”的内涵,在《民法总则》中,其不仅指合法的法律行为,无效、可撤销和效力待定的行为也都包括在内,由此也更加强调民事主体的责任意识和规则意识。同时增加完善了有关意思表示的规定、虚假表示的效力规定等。《企业破产法》中对于可撤销和无效的行为,集中在第31条、第32条和第33条^①。

《民法总则》中的可撤销行为^②是因为一方的意思表示不真实,可因行为人撤销权的行使而使该行为自始不发生效力,具体包括重大误解、欺诈或第三人欺诈、胁迫和显失公平行为。《民法总则》中的无效行为^③则是欠缺生效的根本要件而当然的不发生行为人预期的意思效力,具体包括无民事行为能力人的行为,虚假的意思表示,恶意串通,违背公序良俗,违反法律、行政法规。此外,这次《民法总则》还对民事法律行为效力体系进行了整合,民

① 《企业破产法》第31条:“人民法院受理破产申请前一年内,涉及债务人财产的下列行为,管理人有权请求人民法院予以撤销:(一)无偿转让财产的;(二)以明显不合理的价格进行交易的;(三)对没有财产担保的债务提供财产担保的;(四)对未到期的债务提前清偿的;(五)放弃债权的。”第32条:“人民法院受理破产申请前六个月内,债务人有本法第二条第一款规定的情形,仍对个别债权人进行清偿的,管理人有权请求人民法院予以撤销。但是,个别清偿使债务人财产受益的除外。”第33条:“涉及债务人财产的下列行为无效:(一)为逃避债务而隐匿、转移财产的;(二)虚构债务或者承认不真实的债务的。”

② 《民法总则》第147条、第148条、第149条、第150条、第151条。

③ 《民法总则》第144条、第146条、第153条、第154条。