



经济法文库 (商法系列)

Economic Law Library

破产法上的利益 平衡问题研究

ON THE BALANCE OF INTEREST IN
THE INSOLVENCY LAW

◎ 杨忠孝 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



破产法上的利益 平衡问题研究

◎ 杨忠孝 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

破产法上的利益平衡问题研究/杨忠孝著. —北京:北京大学出版社,2008.10
(经济法文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13491 - 7

I. 破… II. 杨… III. 破产法 - 研究 - 中国 IV. D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 032279 号

书 名: 破产法上的利益平衡问题研究

著作责任者: 杨忠孝 著

责任编辑: 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13491 - 7/D · 2003

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

印 刷 者: 银祥福利印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 12.5 印张 231 千字

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 22.00 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

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其在面对未来逐步建立起的完善的市场经济时,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入WTO以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

2005年国庆节

CONTENTS 目 录

CONTENTS 目 录

281	导言	1
181	第一章 利益平衡与破产制度的发展	3
	第一节 利益平衡与法律制度	3
	第二节 法治性破产以利益协调为宗旨	11
	第三节 利益平衡机制的理论分析	29
	第二章 破产利益平衡的理论分析	45
	第一节 破产法的性质与破产利益平衡原则	45
	第二节 私法原则与利益平衡	54
	第三章 破产利益平衡机制的基本规则	75
	第一节 整体利益优先规则	75
	第二节 破产利益平衡与破产治理	97
	第三节 破产程序中的利益调整规则	120
	第四章 破产利益平衡的法律适用	135
	第一节 利益平衡与破产重整程序的引入	135
	第二节 破产界限规则与利益平衡	147
	第三节 利益平衡的保障:信息披露规则	160
	第四节 利益平衡与引入第三方:管理人制度	166
	第五节 担保债权人利益保护与限制	175
	第六节 跨国破产中的利益平衡	180

CONTENTS 目 录

CONTENTS 目 录

1	结语 破产法目标的实现	高平	185
	参考文献		187
3	第一章 破产法上的利益平衡		
3	第一节 利益平衡与破产法		
11	第二节 利益平衡与破产法的关系		
28	第三节 利益平衡机制的理论分析		
42	第二章 破产法上利益平衡的理论与分析		
42	第一节 破产法上利益平衡的理论		
24	第二节 破产法上利益平衡		
72	第三章 破产法上利益平衡机制的基本原理		
72	第一节 整体利益优先原则		
87	第二节 破产法上利益平衡的治理		
150	第三节 破产法上利益平衡的治理原则		
131	第四章 破产法上利益平衡的治理原则		
132	第一节 利益平衡与破产法上利益平衡的治理		
147	第二节 破产法上利益平衡的治理原则		
160	第三节 利益平衡的治理原则		
166	第四节 利益平衡与破产法上利益平衡的治理		
172	第五节 破产法上利益平衡的治理原则		
180	第六节 破产法上利益平衡的治理原则		

导言

破产制度是中国二十多年来最有诱惑力的制度。直到破产法修订完成,我们仍不能清晰地确定中国需要什么样的破产制度。如果说制度在人类社会中的产生、存在、变化具有某种必然性,在何时、何地、以何种方式产生具有历史必然性,那么今天的破产法可能就是这种必然性的结果。但我们仍希望找出一些问题的答案,为什么我国破产制度的推出困难重重?为什么美国的个人破产制度十分发达,而其他多数国家的个人破产制度发展比较缓慢?破产法将按照我们希望的那样发挥作用吗?是否可能将发挥更大的作用?

制度研究有时特别强调各国的差异性,有时又特别强调共同性,但归根到底要关注现实。包括贸易、投资以及其他经济领域的全球化发展使经济文明共同性更趋于必然,选择市场经济实际上就意味着选择了破产制度。鉴于商业活动的共同性规律,我国市场经济中的立法应当借鉴他国经验建立完善的破产制度。当然,任何制度都是“范围制度”,超出范围的制度是没有效益的。由于技术、文化、观念等的变化,商业活动,尤其是金融活动实际上已经突破了现有的国别限制,尤其是电子商务、数字货币等已经出现了第四维,都在现实地影响破产制度。金融法专家吴志攀教授指出,现有的法律都是建立在真实经济的基础上的,无论是物权法或是债权法,无论是公司法还是破产法都是以真实的经济价值数量为基础的。然而,现在大规模发展起来的衍生金融产品交易合约,虽然采用了合约的形式,但交易的内容却是虚拟的,没有真实的经济作为物质基础。一旦不能履行合约,后果却是对真实经济的处理:真实经济的破产。从衍生合同的价值看,整个世界的真实经济的总和并不抵衍生产品合约的1/2甚至1/3。整个世界的物质经济都破产了,也不抵衍生合同的价值。所以,在这种基础上的法律如何能够强制履行合同,如何能够让全世界的真实经济都破产呢?

应当制定什么样的破产制度拷问着人类的智慧。立法有效商业模型理论(Legislatively Infallible Business Model Theory)认为,法律对经济活动具有示范作

用。以合同法为例,一方面坚持合同自由,承认人的主动性与创造性,承认人的自我发展的能力与机会;另一方面也认为商业交易中存在各种有效的商业运作模型,规定了典型的交易模式发挥示范功能。与合同制度比较,破产制度涉及主体更加广泛,采用商业交易方式依赖于参与者自己(包括让所有的利益主体参与到破产关系中)选择不可能是最好的交易方式,而且存在严重的不完全合同性质,必然出现成本高、效益低、矛盾显等缺陷。对于一般的不完全合同,法律通过建立信息披露制度、引入专业人员服务、司法介入等方法解决,破产程序中资产利用价值发现、资产流转、多方讨价还价、社会救助与社会保障体系、最后救济手段、投资约束与激励等特点与目标设计需要建立一种在复杂背景与资源短缺的情况下有效的商业运作模式。

破产制度的建立本身就是对利益调整机制的变革,无论是破产制度的基本理念、适用范围或是破产程序制度的设计,作为一种强约束规则实际上就是一种强利益调整规则。破产法研究需要关注债权人与债权人之间、债权人与债务人之间、债权人与债务人之间以及与其他利益主体之间的关系,寻求一种合理的平衡;协调社会利益与私人利益、资本利益与职工利益等的关系。破产制度的具体设计实际上引入了社会资源配置的一种新的形式。破产程序的设计实际上是相关利益主体行为选择的指南。破产机制运行过程中,由于利益的冲突现实化,必须采取动态的利益调节机制,进而真正实现法律的公平、正义与效率。所以,破产法理论需要研究:建立一种什么样的制度满足社会利益平衡的需要;建立一种什么样的破产程序保证利益平衡成为可能;建立一种什么样的调节机制以及在法律实施过程中的调节技术保证利益平衡的实现。破产法制度设计需要提供一种公平的、公正的同时又是有效率的债务整理与债务清偿程序。

破产法理论需要研究:建立一种什么样的制度满足社会利益平衡的需要;建立一种什么样的破产程序保证利益平衡成为可能;建立一种什么样的调节机制以及在法律实施过程中的调节技术保证利益平衡的实现。破产法制度设计需要提供一种公平的、公正的同时又是有效率的债务整理与债务清偿程序。

破产法理论需要研究:建立一种什么样的制度满足社会利益平衡的需要;建立一种什么样的破产程序保证利益平衡成为可能;建立一种什么样的调节机制以及在法律实施过程中的调节技术保证利益平衡的实现。破产法制度设计需要提供一种公平的、公正的同时又是有效率的债务整理与债务清偿程序。

破产法理论需要研究:建立一种什么样的制度满足社会利益平衡的需要;建立一种什么样的破产程序保证利益平衡成为可能;建立一种什么样的调节机制以及在法律实施过程中的调节技术保证利益平衡的实现。破产法制度设计需要提供一种公平的、公正的同时又是有效率的债务整理与债务清偿程序。

第一章 利益平衡与破产制度的发展

第一节 利益平衡与法律制度

一、利益的法律意义

利益(interest),本意为“利息”,原来主要被用来表示债权人对利息的要求是正当的、无可非议的。后来,利益作为个人与社会的一种关系的体现得到了广泛的应用。但是,学界对于利益内涵的理解并不完全一致,存在主观说、客观说和折中说三种观点。主观说认为,利益是意识的属性,是人们对于满足一定需要的意志指向;客观说认为,利益可以形成意识、意志,但它是意识、意志之外的客观存在,是人们同他人周围现实中能够帮助他人作为一定的社会成员而生存、发展的对象和现象的客观关系的表现;折中说认为,利益是主体和客观环境的统一。^① 笔者倾向于折中说。利益本身是决定于社会生活条件的,同时是满足社会成员生存、发展需要的客体对象,存在于主体之外,即使存在利益的主观属性,也应当是指一般人认识的利益,而不是个别人认识的利益。社会的生存与发展依赖于社会成员的生存与发展,如果没有个人利益,不仅个体的生存失去空间,而且将使社会的生存与发展受到抑制,社会利益实际上是满足社会成员生存、发展需要的利益,法律对于个体利益的保护也是为保护社会成员的利益服务。任何主体都不是孤立地存在的,都在一定的社会关系中获得利益,“人们组成这个社会仅仅是为了谋求、维持和增进公民们自己的利益”^②。法律是关于利益的制度,法是正义的规律,与法是利益的规律,内涵是一致的。^③ 制度实际上是以调节各种社会利益冲突为旨意的行为规则,同时涉及社会、政治以及经济行为的各

^① 参见孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第85—86页。

^② 转引自苏宏章:《利益论》,辽宁人民出版社1991年版,第21、157页。

^③ 参见[日]美浓部达吉:《法之本质》,林纪东译,台湾商务印书馆1993年版,第43页。

方面。没有与之相适应的制度,某一经济现象中的相关要素就会在无法调和的利益冲突中迷失方向,从而影响个体利益与社会利益的满足,利益法学因此将利益作为法律的核心问题。尽管在法律的范围不断扩张过程中将法律问题的全部作为利益问题研究并不全面,但在经济法律制度中,采用利益分析方法具有可行性。

古罗马时期的法学家就已注意到法律和利益的关系。他们认为,法律用以确定权利,保护权利,权利乃法律所确定保护的利息。乌尔比安提出的著名的公、私法划分理论,也是以利益为标准的。他把涉及国家利益,以保护公共利益为目的的行为规则叫做公法;而将涉及个人利益,以保护个人利益为目的的行为规则称为私法。边沁的功利法学是现代利益法学研究的重要开拓者,他认为,法律一般的和最终的目的,不过是整个社会的最大利益而已。同时,由于社会公共利益是许多私人利益的相加,增进私人利益,就增进了整个社会的利益。耶林继承了边沁的功利主义传统,把权利作为法律的目的和根本标志,而权利就是法律上保护的利益。当然,耶林尤为强调社会利益或社会利益与个人利益的结合,力求平衡个人原则与功利原则,因而被称为新功利主义法学派的创始人。他的社会利益学说直接构成了利益法学的思想渊源。赫克更明确提出,法律不仅是一个逻辑结构,而且是各种利益的平衡。他认为:“法律是所有法的共同社会中物质的、国民的、宗教的和伦理的各种利益相互对立、谋求承认而斗争的成果。在这样一种认识之中,存在着利益法学的核心,立法者决不是幽灵,他的使命是概括地表述作为原因的利益的记号。”^①利益是法律的原因,法主要规范着利益斗争,法的最高任务是平衡利益,法律规范中包含的原理是立法者为解决种种利益冲突而制定的,法律是冲突的人类利益合成和融合的产物。法律只表明某一社会集团的利益胜过另一集团的利益,或者双方的利益都应服从第三个集团或整个社会的利益。立法者必须保护利益,平衡互相竞争的各种利益。正如马克思所言:“法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现”^②。

二、法律分析中的利益关系

研究法律制度既要研究利益,也要研究调整利益关系的技术规则。尽管利益不是人类的唯一属性,但是所有的人都有利益属性。利益分析不仅成为立法的关键,而且成为司法的重要方法。法律解释学主张,法官要作出正义的

① 转引自何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第225页。

② 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社1961年版,第292页。

判决,不应像一台按照逻辑机械法则运行的法律自动售货机,也不应只根据正义感进行判决,而必须弄清立法者通过某一特定的法律规则所要保护的利益,并找出优先的利益,从而使各种利益得到合理的平衡。尤其是在法律存在缺陷的时候,特别需要法官善于发现规则的目的,通过创造性的、合理的解释平衡互相冲突的利益,因为法律所体现的意志背后是各种利益。利益形态具有多样化特征,本书主要着眼于经济利益关系。对于利益之维下的法学思维,可以形成以下基本看法:

第一,不同的主体具有不同的利益,利益具有分层性质。从原始社会到农业文明、工业文明,进而到信息文明、知识文明阶段,由于人类共同的理性,形成了对于利益的结构认识。尽管这种认识受历史发展的过程、地理、文化、政治、经济等多方面影响表现出差异性。例如,当古猿进化成原始人,古猿群成为原始人社会,并且各自为生存而“奋斗”时,他们就深深地受利益分层^①烙印的影响。但是,每个人、每个群体都存在着各自的不同利益,即使尚未呈现出明显的外部特征,利益差别依然是存在的。利益结构是社会结构的物质基础,社会中的利益结构越复杂,社会的制度化程度就越高。在现代社会,利益结构已经成为社会的深层结构。如果一个社会缺少利益表达的组织形式及其合法性,那么就有可能导致社会民众在制度外寻找出路,以致对理想的社会秩序形成冲击。

第二,利益主体之间发生着利益的冲突。尽管现有的资料证明,从原始社会开始,人类因为生存利益的需要就表现出群体特点(至于个体利益还是群体利益首先确立于社会意识中目前难以有明确的结论),但我们相信,即使具有因为生存利益需要产生的一致性特点,个体利益差异也是客观存在的,至少每个人都有独立的生存需要。^② 在社会进化过程中,利益的不同性不断被强化,并伴随着利益的分解与分层。甚至在原始社会就需要一些普遍的被原始人共同接受的原则调整他们之间的利益关系。没有法律,禁忌、道德充当着最高的利益维护与利益协调的角色。

利益主体之间的冲突不仅存在客观性,而且由于某些因素的作用,有时表现得非常激烈。不过,对于造成某些冲突的原因是可以识别与解决的。例如,有的利益冲突是由制度供给不足引起的。我国近二十年破产实践的一个重要经验就是破产法的实施需要比较系统的制度环境。有的利益冲突与制度变迁路径有关。制度变迁始终与利益因素相伴随,并通过不断的制度创新协调利益冲突。

^① 利益分层是一种体系结构:不同的利益具有主次、高低、大小之分。按照一定标准,它可形成一个阶梯状的结构。人类在经过理性思考后的功利选择总是从高到低、从主到次、从大到小的。

^② 参见马斯洛关于人的需要结构理论。

但是,制度变迁并不能当然消解所有的利益冲突,原有的制度选择常常导致制度变迁中的路径依赖,一旦制度变迁进入某种路径,在学习效应、协作效应和适应性预期等自我加强机制的作用下,就会不断得到自我强化。由于原有的市场经济发育不完善,存在的利益冲突被掩盖,导致破产制度实施过程中对原有路径的依赖,削弱了破产制度创新的效用。政策性破产制度中,破产成本实际上异化为政府的成本,以至于破产制度实施近二十年仍不断遭遇非市场化破产因素的阻碍。

第三,人类存在共同的利益,必要时需要其他利益作出让渡。人类作为一种共同生活而构成社会的特殊群体,最能认识到人与人之间的共同利益。作为唯一的有意识的动物,人类形成的一个共同思想是,每个个体的利益都需要维护,而整体利益是维护个体利益的必要条件,在没有整体利益的情形下,个体利益的存在就会遇到无法克服的困难。当然,这并不排除另一种观点:必须最大限度地减少对个体利益的损害,即使是为了共同利益、群体利益。如果仅仅从群体利益考虑就限制个体利益,则可能导致个体利益被抹杀,甚至连群体利益形成的基本目的也被抛弃。因为“在自由的社会中,普遍利益主要在于促进个人追求未知的个人目的”,所以,“只有在实现普遍利益或公益所必需的时候,才能允许对个人施以强制”。^①从理论上分析,因为社会本身就是由具体的个人组成的,对社会利益的保护就是对个人利益的保护,每一具体的个人利益的追求实际上也是对社会利益的追求。社会利益高于个人利益,个人利益应当服从社会利益,为社会利益作出让步,“实质是说较小的社会利益应该服从较大的社会利益。当我们泛泛地谈抽象的个人利益而不是指具体的个人利益时,其实就是社会利益,因为具体的个人利益是没有任何标准来界定的。有了具体界定标准的个人利益与社会利益没有本质的区别,或许只有量上的大小区别”^②。所以,在已经确定的一般规则面前,如果需要作出例外规定,就必须是因为社会公共利益或者第三人的利益在这些特殊的情形下比原有的保护权利人的利益更为重要,是对两种相互冲突的利益进行权衡与比较的结果。因群体利益需要限制个体利益必须是“必要的”而且是“给予了补偿的”。^③虽然人类为着同一的最高利益而暂时地保持基本一致,但是利益的差异性永远存在,这也就意味着利益分层仍旧发挥着

① 参见〔英〕哈耶克:《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第2页。

② 彭诚信:《主体性与私权制度——以财产、契约的历史考察为基础》,吉林大学2002年博士学位论文,第133—134页。

③ 在隐私权越来越得到重视的今天,仍然会有许多情形限制隐私权,但是平衡这种利益常常会发生争论。例如,关于爱滋病人的病情报告、传染性疾病的报告、医生是否有权将病人的病情告诉他人等问题。美国法院甚至判决有权将性犯罪者的信息告知其周围的民众,甚至判决让性犯罪者带上“GPS”,实际上也是利益平衡的结果。

作用。即使被最根本且最高的利益所掩盖和压制,个体利益依旧是不安分的,依旧会导致产生矛盾、发生冲突,因此需要积极采取办法解决,而不是任由它随意放肆。原始人共同接受的原则是以朴素道德观念调整他们之间的利益关系,使其充当利益协调者的角色。在众多个体利益产生冲突,而仅靠道德、传统和舆论不足以有效维持社会存在与发展所必需的基本秩序时,法律就成为道德冲突的协调者,成为一种凌驾于个体利益之上的社会力量,将矛盾与冲突保持在秩序允许的范围之内。尽管无法通过法律消灭这种冲突,但是,法律却可以维护一个有序的社会。就破产制度而言,必须认识到:一个稳定的企业破产立法的模型和大厦已经不再仅仅立足于单一的债权人利益保护的基石之上,当企业破产成为社会的常态现象之后,政府对经济发展的追求以及对陷入困境中的企业复苏的预期要么通过制度的设计,要么通过政策的直接推行,使债权人可以获得的分配利益与政府的这些目标相比位居其次。^①

第四,成熟的法律制度应当能够解决利益关系的多样性难题。首先,要善于发现各种利益,包括隐含的利益。在讨论我国银行业风险时,许多人认为,尽管我国的商业银行业存在很高比例的不良贷款,从严格会计核算的角度看,有的已经处于破产状态,但商业银行仍能够有效运作,原因就在于其获得了政府信用支持。^② 国有商业银行获得了其他主体所不能获得的隐性利益。鉴于证券公司、保险公司等涉及广泛的民众利益,政府也常常出台各种特别政策。一些市场主体也以此作为与政府决策进行博弈的手段。当然,这种现象不独中国才有,美国的商业银行存款保险制度也如此,有政府保险的大量储蓄和贷款无法得到偿付时,最终也不得不由政府埋单,美国 20 世纪 80 年代发生的住宅贷款危机事件就是这种隐性利益被恶意扩张利用的结果。理论分析表明,如果企业有动力不惜牺牲社会整体利益以破产牟利,而不是全力以赴获得成功,那么经济黑幕活动就会冒头。如果糟糕的会计制度、松懈的监管以及对违规行为惩罚不力促使所有者为自己获取多于公司价值的收益,继而拖欠债务,破产牟利的行为就会发生。在政府为企业的偿债义务提供担保时,破产牟利行为时常发生。各国现实制度设计中存在的存款保险、保险公司保单、养老金保险、大银行债务扩张、助学贷款、利息支持型的住房抵押贷款以及大企业的巨额债务等,实际上是在一种预算软约束的机制下运行。对于所有者而言,破产牟利很容易成为一个比最大化的

^① 参见韩长印:《企业破产立法目标的争论及其评价》,载《中国法学》2004 年第 5 期。

^② 在我国商业银行的信用评级中,因为国有商业银行获得政府特殊信用支持,信用评级相对保持在一定的水平上。广东国际信托投资公司被宣告破产时所表达出来的政府信用限制对信用评级产生了巨大影响。

经济价值更具吸引力的策略。^①其次,对于各种利益存在价值判断,不同的经济、文化、社会等因素对于利益价值判断的结论常常不一致。从破产制度的历史演变看,从早期单纯维护债权人的破产制度到维护债务人以及其他相关利益主体利益的破产规则,从强制破产到自愿破产一直到当今的策略性破产,都是现实的反映。从各国的破产法立法特点看,对利益价值的判断也表现出差异性。例如,美国有发达的破产重整制度,实际上就是美国鼓励冒险文化的反映,对于债务人有更加宽容的态度。美国也有最发达的消费破产制度,这与其维护消费者利益的文化紧密联系在一起。最后,复杂的利益关系需要从破产立法到司法、从破产实体法到破产程序法、从公破产法到私破产法全面发挥作用。法律对利益的调整机制具体表现为三种情况:利益表达、利益平衡和利益重整。利益表达是因为“社会上占统治地位的那部分人的利益,总是要把现状作为法律加以神圣化”^②。法律制度采取利益与权利转换规则,通过对权利和义务的设定,既有效记录得到承认和保护的利益,又忠实记录遭受拒绝和排斥的利益,以及某种利益所获承认的限度。^③庞德曾经对利益作了“门捷列夫元素周期表式”^④的详细分类。“我们主要是通过把我们所称的法律权利赋予主张各种利益的人来保障这些利益的。”^⑤各类主体的利益差异决定了不可能产生为社会所有成员一致同意的法律规范。法律实际上只保护了部分利益主体,或者主要表达部分利益主体的利益。当然,现代民主国家中,法律不可能在任何场合都仅仅表达一方的利益,由于利益结构的多样性、多层次性、变动性等特征,在不同的法律中表达是有所差异的。法律不可能对某一具体利益主体的所有利益都加以反映或不加以反映。法律表达利益的过程,同时即是对利益选择的过程。利益平衡^⑥则是对各种利益重要性作出估价或衡量,以及为协调利益冲突提供标准。由于资源的有限性以及人的私利性,利益冲突存在客观必然性。比如,在对知识产权的保护

① 参见[美]乔治·阿克洛夫、保罗·罗默:《所有者掠夺:以破产牟利的经济黑幕活动》,载吴敬琏主编:《比较》(第15期),中信出版社2004年版,第42—43页。

② 《马克思恩格斯全集》第25卷,人民出版社1974年版,第894页。

③ 由于立法技术的原因以及对于利益认识上价值观的差异,关于权利的限度是我们常常无法准确把握的。参见拙文:《论资本的权利》,中国法学会商法学研究会2003年年会论文。

④ 参见[美]庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世译,商务印书馆1984年版,第42页。

⑤ 《马克思恩格斯全集》第25卷,人民出版社1974年版,第894页。

⑥ “平衡”在语言学上有两种不同的含义:其一是指对立的各方面在数量或质量上相等或相抵;其二是指两个或两个以上的力作用于一个物体上,各个力互相抵消,使物体成相对的静止状态。

问题上,争论就非常明显,发展中国家一般不愿意对知识产权提供过高的保护。^①在改革中,各个利益集团的相互冲突更为激烈,需要通过相互制约和相互妥协制衡。例如,在确定公共利益优先时,要保证“个体利益不能冒充集体利益或公共利益”;当私人利益与公共利益发生冲突时,“也不应无条件地牺牲前者而维护后者”。^②关于利益重整,比较典型的一个例子是私有经济在中国宪法上的利益表达。^③体制转轨要求社会利益重新整合,市场经济体制的建立伴随着新的利益群体的不断涌现,必然要求利益结构重整,实际上,有关经济利益的法律的变革都体现着这一点。可见,利益表达与利益重整的终极理由是利益的平衡。

第五,利益协调的主体是国家、政府与法院。现代社会利益冲突的形式已经由普遍的民众—国家的单一状态,转向不同利益主体—国家的多元状态。因此,现代政府对社会利益关系的整合是建立在宽厚的社会中间层基础之上的。作为中间层的社会组织或团体具有三种职能:一是协调利益主体与国家的关系;二是协调利益主体与市场的关系;三是充当利益表达的工具。它们已经被普遍认为是位于社会民众与国家这个庞然大物之间的“缓冲器”。因为政府并不是超然一切的。理论上,政府应当成为各种利益的代表者(民主政府),也最适合代表各方利益主体,并被授权对现实经济关系作出一定调整。^④但是,政府作为利益的代表如何代表各方利益存在技术上的难题,是否绝对能够做到中立又是一个问题,因为政府也有自己的利益。公共管理学承认,现代政府对利益关系的整合过程,实际上是一个在利益主体之间进行利益博弈,亦即相互交换以至实现妥协与平衡的过程。现代社会应当允许各种代表自己利益的集团的存在,注重协调利益关系和缓解利益矛盾。政府工作的重心是通过配套性的制度安排使新的社会组织形式合法化,进而为社会提供正常和稳定的公共秩序。从利益冲突与利益调解机制的角度看,冲突是利益矛盾的一般化形式,这些形式构成了全部社会利益矛盾释放的过程,而合法的社会组织或团体则是使利益矛盾转化为正常和稳定的社会公共秩序的通道和桥梁。这种机制构成了现代社会理想秩序的“安

^① 沃尔特·迪斯尼公司诉北京出版社等著作权诉讼(参见《最高人民法院公报》1996年第4期)中对于侵权赔偿数额的确定个案以及知识产权侵权有关司法解释等规定法定赔偿数额等就说明了这一点。在制定《计算机软件保护条例》时,知识产权法学界与计算机软件产业多数意见认为,条例提供的保护超过了我国所能够承受的程度。

^② 参见付子堂:《对利益问题的法律解释》,http://www.legaltheory.com.cn/info.asp?id=4737,2004年5月11日访问。

^③ 参见梁慧星:《宪法对私有经济与私有财产权的保护》,载中国公法网,2004年7月7日访问。

^④ 有关内容参见[美]斯蒂格里茨:《政府为什么干预经济》,陈东琪译,中国物资出版社1998年版;王俊豪:《政府管制经济学导论》,商务印书馆2000年版;吴易风等:《市场经济和政府干预》,商务印书馆1998年版。

全阙”。长期累对产度取状意思不统一案中第款,显明非能平衡,土强同

利益结构是社会结构的物质基础,社会中的利益结构越复杂,社会的制度化程度就越高。在现代社会,利益结构已经成为社会的深层结构。如果一个社会缺少利益表达的组织形式及其合法性,那么就有可能导致社会民众在制度外寻找出路,以致对理想的社会秩序形成冲击。因此,现代政府整合利益关系表现为积极利用在利益分化中形成的不同利益主体,进而使其归属于的社会组织或团体成为正常社会秩序运行的重要基础。由利益分化、专门化和自主化而形成的利益结构的多元状态,是社会稳定和体制维持的重要条件。不同利益归属的社会组织或团体作为民主制度架构中的重要内容,在整合利益关系方面的作用得到充分体现。

利益表达机制的缺陷以及利益重整机制的弱化,使社会利益关系出现结构性问题,因此必须特别关注利益平衡问题。从利益的集中到利益的分散的承认,继而表达对各种利益的尊重,属于一个政治过程,而不仅仅是经济问题。经过三十年的改革开放,我国社会正从同质的单一性社会向异质的多样性社会转型。在社会转型过程中,整个社会利益结构发生了分化与重组,原有的社会利益格局被打破,新的利益群体和利益阶层逐步形成。社会成员之间的利益将越来越多元化、悬殊化、异质化,利益意识会越来越自觉,利益集团会越来越多,组织化程度会越来越高,利益集团之间的关系会越来越复杂,从而对政府的整合能力和调控能力等提出了全新的挑战。政府对多元利益的整合、对利益关系的调控、对利益矛盾的协调,只能主要依靠制度,因为“制度问题带有根本性、全局性、稳定性和长期性”。从法律技术分析,法律规则是否可以满足我们对于利益分层判断上的需要?利益分层是立法的任务还是司法的权力?是否存在对于分层的利益是一种简单的可以计算的规则?如果存在同一层面的利益冲突,应当适用什么规则?诸如公共利益优先规则等粗疏的立法远远不能满足需要,对社会公共利益或者他人之多数利益的关注越来越多。“公共利益”不能变成不确定的法律名词。^① 破产

^① 宪法、行政法、一般的私法中都有公共利益问题,但是,法律上的界定并不明确。参见龙卫球:《如何理解“社会公益、道德义务性质”赠与之范围,非营利的文、教、卫、体、新闻、出版等活动是否应视为公共利益呢?》,载“法律思想网”,2007年6月18日访问。我们也曾讨论过关于抵押权受到限制与租赁物权受到限制时,究竟是否应当特别维护租赁人的利益的问题。我们发现,德国、法国等对于租赁主体的权利有所限制,我国合同法对租赁人的权利还是比较保护的。保护租赁者权利在破产法上也值得研究。但是,如果出让人设立租赁负担,对受让人产生影响,受让人的受让意愿、财产的价值就必然受到影响。原来的认识是,租赁人拥有的使用利益,使用人比产权主体更能发挥财产利益,所以,保护租赁人的权利不仅可以保护弱者的权利,而且可以促进物的利用。如果承认市场更能发挥财产利益,就需研究产权主体将财产让渡时需要考虑财产的流通利益问题。承认市场经济,就要承认财产的流通利益,因此应当限制租赁人的权利,对租赁人的权利采用有限保护主义。最高人民法院关于担保法的司法解释就对于流通利益给予了特别关注。