

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2011.03.013

论新破产法管理人制度*

赵玉意^{1,2}

(1. 桂林理工大学 管理学院, 广西 桂林 541004; 2. 南京大学 法学院, 江苏 南京 210093)

摘要:管理人制度是新破产法中全新的制度,这注定其还有待完善。清算组担任管理人要严格限制条件,未来管理人的选任应以竞争方式为主,应创设破产基金作为管理人报酬的保障,管理人责任体系尤其是民事赔偿责任的构成要件要明确化,要成立一个统一的管理人协会,发挥对管理人的制约功能。

关键词:管理人;选任;报酬;责任;管理人协会

中图分类号:D922.291.92 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2011)03-0069-05

新破产法的一大立法亮点是管理人制度,可以说,管理人应当是整个破产案件的核心主体,管理人制度的科学与否直接关系新破产法的成败。然而,管理人的选任、报酬、责任等规定在新破产法中还显得原则和粗糙,因此,完善管理人制度是无论理论界还是实务界都无法回避的课题。

一、清算组担任管理人还是中介机构担任管理人

基于清算组担任管理人存在的效率无保障、无责任财产以及难以归责等诸多弊端,最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》(以下简称《指定管理人的规定》)就清算组担任管理人的几种情形进行了限制:第一种案件是人民法院受理破产申请前已经进行清算并已组成清算组的。包括依公司法规定的公司强制清算,

金融机构行政清理、清算程序中的清算组(或清理组)。人民法院应根据《指定管理人的规定》第19条规定的条件重新审查清算组成员的适格性。第二种是纳入国家计划的国有企业政策性破产案件可指定清算组担任管理人。企业破产法保留清算组这种管理人形式,主要是基于新旧法衔接和对国有企业政策性破产的考虑。第三种案件是其他法律规定企业破产时成立清算组的,其中其他法律主要是指商业银行法和保险法。^{①[1]}第四种是人民法院认为可以指定清算组为管理人的其他情形。这赋予法院较大的自由裁量权,表明在制定该规定时,最高院对于管理人独立接手破产案件心存疑虑。据笔者了解,有些地方的破产案件就以这条规定作为依据,在2008年底已经终止适

* [收稿日期]2011-03-28

[基金项目]2008年度广西教育厅科研项目(200803LX278)“律师事务所担任企业破产管理人实务研究”

[作者简介]赵玉意(1979—),女,湖南邵东人;讲师,在桂林理工大学任教,南京大学在读博士,主要从事经济法研究。

① 商业银行法第七十一条规定:“商业银行被宣告破产的,由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组,进行清算。”保险法第八十七条规定:“保险公司被宣告破产的,由人民法院组织保险监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组,进行清算。”

用政策性破产后仍然以清算组作为管理人或者优先考虑清算组,律师事务所、会计师事务所等以管理人的法律顾问、财务顾问角色出现,出现什么问题由清算组承担,这实质上还是对中介机构担任管理人持不信任态度。长此以往,管理人名册有被搁浅的危险。

笔者认为,清算组担任管理人应当从严掌握,尤其是对《指定管理人的规定》第19条第四种情形应严格限定法院行使这项自由裁量权的条件。否则,费了如此大力气设计出来的管理人制度就如新瓶装旧酒,模样变了味道没变。因此,中介机构担任管理人应当是主流(个人担任管理人在我国还属少数,有些地方管理人名册中没有个人管理人),清算组做管理人是例外,应当从实际效果来分析,一是对财产很少的企业,无产可破的企业,中介机构没有积极性的企业,可以考虑由清算组担任管理人;二是对于历史遗留问题多的企业,需要各部门通力合作的企业,中介机构难以协调各方面关系的破产案件可以考虑由清算组做管理人。当然,关于职工安置分流等问题的解决,也不光是一个清算组能解决的,需要以完善的社会保障体系作为最终的解决途径。

二、管理人的选任

新破产法确立了法院指定、债权人会议有条件地请求更换的模式选择管理人,而对于法院指定管理人的具体方式,即管理人的选任方式,《指定管理人的规定》第20条规定了一般为在管理人名册中轮候、抽签、摇号等随机方式,第21条规定全国范围有重大影响、法律关系复杂、债务人财产分散的企业破产案件,可采取竞争方式,第22条规定对于经过行政清理、清算的商业银行、证券公司、保险公司等金融机构的破产,也可采取接受金融监管机构推荐的方式指定管理人。

(一) 选任管理人需解决的矛盾

1. 公平与效率的矛盾

一是被编入管理人名册的中介机构或个人之间的公平:被编入管理人名册的中介机构或个人应当有公平机会担任管理人,二是未被编入管理人名册的主体有公平机会被编入管理人名册,管理人名册应始终是一个开放的体系。

要讲求效率,要确保破产管理工作高效进行,

让最合适的中介机构或个人担任特定破产案件的管理人,从而最大化的保护债务人、债权人、债务人职工等利益,达到利益的平衡优化。

由此,在选任管理人方面,公平与效率成为一对矛盾,公平和效率哪个优先?这决定管理人选任的具体方式。

2. 现实与未来需求的矛盾

我国目前正处于培育管理人队伍的初期,管理人队伍整体并不强大,并且呈现地区性差异。统计资料显示,至2006年底,广东有律师事务所1132家、律师13684人,北京有律师事务所950家、律师11994人,而宁夏只有律师事务所61家、律师588人,西藏有律师事务所14家、律师52人。会计师事务所也有相似情形。^[2]从已经公布的第一批管理人名册数据,广东216家中介机构^[3],北京市100家中介机构,10名律师10名注册会计师^[4],宁夏第一批机构管理人名额15家,个人管理人名额10人,其中律师7人,会计师3人。^[5]有关中介机构如律师事务所对申请加入管理人队伍尚持谨慎态度,这一现实在短期内还无法改变。

从2001年以来全国法院受理的破产案件是下降的。从最高的9110件到2007年的3816件,而数字的下降伴随着主要是国有企业破产的下降,也就是大量的应当通过破产程序退市的企业没有进入破产程序。还有一个原因就是法院力量不够,没有这么多人,有一些申请材料来了也不收,这是一个原因。^[6]新破产法于2007年6月1日起施行,施行三年以来,各级法院受理的破产案件数量逐年下降。据最高人民法院统计,2007年全国法院受理的破产案件数量为3817件,2008年为3139件,2009年3128件,而同期由工商部门吊销执照的企业每年都在80多万户。这表明,大量企业并非经过破产程序退出市场,破产法施行效力大打折扣。^[7]这并不表明今后我国破产案件会继续下降,相反却预示着以后的破产案件会越来越多。因为随着今后企业退市途径的规范化,破产案件会朝数量增长和案情复杂趋势发展,这是毫无疑问的,未来这种不断扩张的需求要求专业强大的管理人队伍来满足。因此要以培育管理人队伍的理念鼓励中介机构和个人从事破产管

理事务,逐渐形成有序竞争的良性管理人市场。

(二) 竞争方式是未来管理人选任的主要方式

对于《指定管理人的规定》所确定的管理人选任方式而言,以轮候、抽签、摇号等随机方式为原则,以竞争、接受推荐为例外,特殊情况仍然沿用清算组。笔者认为,在初期,应以随机方式为主,以竞争方式为辅;在成熟阶段,应以竞争方式为主。理由在于:随机方式表面上的公平可能以破产管理的低效率作为代价,随机产生的管理人可能并不胜任破产管理工作。但竞争方式可能产生的结果为:有相关经验、实力雄厚的中介机构或者个人有较强的竞争力,能在竞争中获得管理人资格,其他主体则根本没有机会或很少有机会担任管理人;新的中介机构或者个人也没有实力与其较量,最终将导致管理人由其中几个中介机构或个人垄断的局面出现。因此初期应以随机方式为主,让所有被编入册的中介机构或者个人都有机会。但在破产管理工作已经进行了相当时间后,则应以竞争方式为主。

在我国有些地方,已经对竞争方式选任管理人进行了有益的尝试。重庆市沙坪坝区人民法院结合破产案件审判实际,在重庆法院系统率先制定了《关于以竞争方式选任破产管理人的实施办法(试行)》,确立了以评分制为主导的管理人评价体系,为竞争选任管理人的方式探索出一条实践路径。在法院内部成立专门的评审委员会对报名的机构进行审查;制定了详尽的评分细则,并将评分标准细化为专业水准、从业经验、机构规模、最初报价等并合理分配权重;在确定管理人时同时确定接替人选。^[8]实践证明,这种竞争方式选任管理人的做法取得了良好的效果,较好的实现了选任管理人过程中的客观、公平、公正,这将是今后选任管理人的方向。

但竞争方式指定管理人,有一个时效问题不得不考虑,根据新破产法规定,在申请破产到受理

破产之间期限较短,在此段期间内能否完成指定管理人的工作将对法院构成一个巨大挑战。新破产法规定,债权人申请破产的,法院应在22天内指定管理人;其他主体申请破产的,法院应在15天内指定管理人。有特殊情况需延长的,各可以延长15天。^①由此,法院必须在15-37天的时间内决定管理人的人选,如果采取竞争方式,则所有的评审程序必须进行完毕,这就要求一方面法院必须有一个可行的竞争细则,另一方面法院的操作能力应当比较强,从而最大程度地保证公平和效率。

三、管理人报酬的保障

我国很多企业尤其是国有企业长期处于亏损的状态,早已达到破产界限,但由于种种原因没有破产,很多企业真正破产时财产已少之又少,管理人报酬严重缺乏保障。尽管新破产法规定,管理人一旦发现债务人企业的财产不足以支付管理人报酬等破产费用的,管理人应当提请法院终结破产程序,但此时管理人已经进行的工作面临没有相应报酬的风险,这会严重打击管理人的积极性,不利于管理人队伍的培育和壮大。

在德国,法官有较大的裁量权,针对破产案件“肥瘦不均”的现象,在办理了不赚钱的案子后,法官会将赚钱的案子分配给管理人;在英国,管理人分为官方和私人管理人,官方管理人专门办不赚钱的案子,私人管理人则接赚钱的案子,这样就不存在管理人得不到报酬的问题。在我国,可以通过以下途径来防止“肥瘦不均”的现象。一是不赚钱的案子可以考虑通过清算组来管理,但要严格限定条件,否则多数案件清算组做了,管理人发挥不了作用,整个破产法变成了一纸空文。二是创立一个破产基金,该破产基金由企业根据其年度税后利润提取一定比例,在各破产企业之间进行统筹分配,当出现无产可破的情况,管理人报酬可以从破产基金中获得。管理人在接受法院的

^① 《企业破产法》第十条规定:债权人提出破产申请的,人民法院应当自收到申请之日起五日内通知债务人。债务人对申请有异议的,应当自收到人民法院的通知之日起七日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起十日内裁定是否受理。除前款规定的情形外,人民法院应当自收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理。有特殊情况需要延长前两款规定的裁定受理期限的,经上一级人民法院批准,可以延长十五日。

指定时即应当与破产基金的管理部门签订合同,确定可获得破产基金的数额,为此,管理人至少可以预计能得到的保底收入。

四、管理人责任体系的完善

完善的责任体系是完善的管理人制度的保障。纵观新破产法以及司法解释,有关管理人的责任规定寥寥数语,远非完善。其中新破产法第27条规定:管理人应勤勉尽责,忠实执行职务。第130条规定:管理人未依照本法规定勤勉尽责,忠实执行职务的,人民法院依法处以罚款;给债权人、债务人或者第三人造成损失的,依法承担赔偿责任。第131条规定:违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。《指定管理人的规定》第39条规定,管理人坚持辞职或者法院决定更换管理人,原管理人拒不移交的,法院除可行使第130条的罚款权外,可决定停止其担任管理人一年至三年或者将其从管理人名册中除名。

管理人的责任体系存在重大缺陷,首先是缺乏诸如暂扣、吊销相关专业营业执照或职业资格证书等行政责任;其次,对于限制或者禁止准入管理人市场等特殊经济责任,只适用于管理人坚持辞职或者拒绝移交的情形,这过于狭隘。最后,对于最普遍适用的民事赔偿责任的构成要件规定过于简略,对于勤勉尽责、忠实执行职务究竟做如何理解,把握怎样的尺度,法无明文。笔者认为,管理人民事赔偿责任要具备以下条件:一是管理人主观上有过错。管理人过错责任是一种专家过错责任。在1975年的Greave案中,丹宁勋爵指出:“有关专业人士责任的法律并没有隐含一个保证条款,要求专业人士取得预想的结果,它仅仅要求专业人士运用合理的注意和技能。”^{[10]3}二是管理人有违反勤勉、忠实义务的行为。勤勉义务主要包括破产法律法规规定的管理人的“作为”义务;忠实义务指“不作为”的义务,主要内容为:(1)破产管理人不得因自己的身份而受益,禁止关联交易、自我交易、牟取私利,避免利益冲突情形;(2)破产管理人不得收受贿赂或其他好处;(3)破产管理人必须严守竞业禁止原则;(4)破产管理人非经允许不得泄露债务人及破产企业的商业秘密;(5)破产管理人不得侵吞破产财产以及其掌

握的其他财产;(6)破产管理人不得利用破产企业的信息和商业机会谋取担任破产管理人之外的利益。^{[10]3}三是债权人、债务人或者其他利益主体受到损害;四是管理人的行为与上述损害存在因果关系。笔者认为,管理人民事赔偿责任类似于普通的侵权责任,因此,应当为管理人民事赔偿责任规定一系列的免责事由,以下情形至少可以作为管理人免责的正当原因:一是商业风险。管理人接管债务人企业后要对其经营管理,对于因商业风险给债务人企业及其他主体造成损害的,应予以免责,并且管理人的经营管理的注意义务应较专业的经营管理人员为低。二是法院决定的事项给债务人企业或其他主体造成的损害,管理人有权免责。目前的破产法律法规还存在盲区或者规定不明确的地方,管理人在实务操作时请示法院,法院为此作出的决定给相关主体造成损害的,管理人理应免责。

因此,完善的管理人责任体系有助于减少法官过大的自由裁量权;同时,过重的法律责任会使管理人对破产管理事务望而却步,过轻的法律责任则可能放任管理人的行为,要以完整的责任体系、适当轻重的归责形式达致鼓励与制约的平衡。

五、管理人协会的建立

目前,由于我国还没有统一的管理人资格考试,管理人的资质还在利用律师、会计师、审计师等现有资源,关于行业自律组织也沿用律师协会、会计师协会等。其实,无论理论界还是实务界,要求创设一个统一的管理人协会的呼声是很高的,笔者也赞同在尚未有统一的管理人资格考试的情况下成立管理人协会,管理人协会至少可以发挥以下作用:一是有资格担任管理人的清算事务所目前尚无行业协会,不利于对清算事务所的制约和监督;二是在破产管理工作尚未成为律师事务所、会计师事务所等的主流业务时,律师协会、会计师协会等对其担任管理人的监督和制约既不够重视也不够专业;三是管理人在破产管理事务中享有一系列职权,在法院和债权人会议监督之外,还需要有统一的自律组织利用行业纪律进行制约,这能防范管理人执业过程中的道德风险;四是我国目前管理人名册由高级人民法院或者中级人

民法院编制,如成立管理人协会,则管理人协会对中介机构或个人的日常监督能为管理人名册的编制提供第一手参考资料,其建议极富价值。为此,应当赋予管理人协会随时检查管理人破产管理事务的权利,并有权就其合法性和规范性提出异议,任何人有权就管理人从事破产管理的行为的违法性向管理人协会投诉,这些都是管理人协会为管理人打分的重要依据。最后,为了解决管理人报酬无保障的问题,破产基金创设后的管理部门宜由管理人协会担任,由其统一进行支配,该基金只能用于支付无产可破的企业的管理人的报酬。

[参考文献]

- [1] 高民尚.《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》的理解与适用[J].人民司法,2007(05)上半月:26-27.
- [2] 最高人民法院民二庭负责人对关于《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》、《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》答本报记者问[N].人民法院报,2007-04-17(3).
- [3] 广东法院企业破产管理人名册(216家)[EB/OL]. www.gdcourts.gov.cn/fy_sfjd/gzdt/P0200808, 2008-

8-11

- [4] 北京法院选定破产案件管理人65家律所被选[EB/OL]. <http://hi.baidu.com/djlsxy/blog/item/f92f41fce1118986b901a071.html>,2007-12-21.
- [5] 宁夏回族自治区高级人民法院编制管理人名册公告[EB/OL]. http://www.nxnet.net/olddate/newspaper/2007-05/28/content_1603441.htm,2007-05-28.
- [6] 第一届中国破产法论坛实录(八)第一届中国破产法论坛分论坛四:破产管理人制度[EB/OL]. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=39891>, 2008-06-29.
- [7] 新破产法施行三年受理案件逐年下降[EB/OL]. http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-06/27/content_2180695.htm?node=7863, 2010-06-27
- [8] 郭瑞,蒙洪勇,吴华.破产管理人选任方式若干问题研究——重庆市沙坪坝区人民法院实践探索路径[EB/OL]. <http://www.cqcourt.gov.cn/Information/InformationDisplay.asp?newsid=57791Q>,2009-08-24.
- [9] 张小炜,尹正友.破产管理人工作规程[M].北京:中国人民大学出版社,2008.
- [10] 滕燕.企业利用破产逃债的法律规制[J].重庆交通大学学报(社会科学版),2005(4).

(责任编辑:杨睿)

Research on the Bankruptcy Manager System of the New Bankruptcy Law

ZHAO Yu-yi^{1,2}

(1. School of Management, Guilin University of Technology, Guangxi Guilin 541004, China; 2. Law School, Nanjing University, Jiangsu Nanjing 210093, China)

Abstract: As a brand-new system, the bankruptcy law, the bankruptcy manager system remains to be destined to improve itself. The conditions for liquidation group for a bankruptcy manager should be strict, and the selection of future bankruptcy managers should be built on a competitive basis. Bankruptcy funds should be created as payment protection of bankruptcy managers. Manager responsibility system, especially the composition of the civil liability, must be clear. It is necessary to set up a unified bankruptcy manager association, which will play a role in constraining bankruptcy managers.

Key words: bankruptcy manager; selection; payment; responsibility; bankruptcy manager association