

NEW ENTERPRISE
BANKRUPTCY LAW

★★★★★★★★★★★★★★★★★★★★

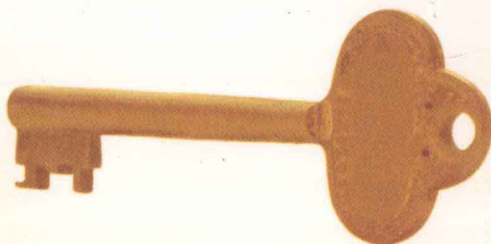
新企业破产法

疑难问题与实务

主编 曲冬梅

本书按照企业破产实务的流程，提出具体问题，然后运用法理来分析这些问题，并把破产法律实务和理论研究成果以符合内在逻辑的方式结合起来，实用性、可操作性强。

PROBLEMS
and
PRACTICE



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

山东省社会科学规划研究项目研究成果（项目号：10CFXZ05）

获得“山东省高等学校优秀青年教师国内访问学者项目经费资助”

新企业破产法 疑难问题与实务

曲冬梅 主编

撰稿人

孙守遐 付胜涛 田玲玲 彭彦敏
葛长峰 张雅洁 曲俊鹏 栾 晶
刘东旭 于丽萍 孙 帅 张立东
谢庭树 汲长彪 王天红 曲冬梅



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新企业破产法疑难问题与实务 / 曲冬梅主编. —北京: 法律出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3497 - 3

I. ①新… II. ①曲… III. ①企业破产法—研究—中国 IV. ① D922. 291. 924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 091502 号

新企业破产法疑难问题与实务
曲冬梅 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 15
字数 252 千
版本 2012 年 6 月第 1 版
印次 2012 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3497 - 3

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前言

我国《企业破产法》(以下简称新破产法)自2007年6月1日起开始实施。与原有的《企业破产法》(试行)相比,新破产法在修改和完善破产原因、破产财产、破产债权、债权人会议等原有制度的同时,大胆借鉴发达国家破产法的成功经验,创新性的规定了管理人制度、重整制度等诸多新兴法律制度。此外,鉴于企业破产的复杂性以及转型期社会经济环境的制约因素,新破产法对有些内容作了保留,以兼顾各地区和企业的差异性。可以说,新破产法从立法理念、立法体例、结构和立法内容上,是一部体现中国特色,适应社会主义市场经济体制的先进的破产法。

与一般民商事案件相比,企业破产案情复杂,利益冲突多元,任何一国的破产法都难以事无巨细地解决企业破产中的所有问题。我国新破产法尽管体现了现代破产法律制度的元素,但在很多制度、内容上仅作了原则性规定,这种概括性立法在为理论研究提供探索空间的同时,对司法审判和实务操作也带来了一定的挑战。

在新破产法的适用过程中,承担一线审判任务的法院和主导企业破产的管理人不得不面对许多困惑:新破产法创新性规定的管理人制度,力求摆脱政府主导,转向由市场化和专业化的中介机构和职业人员主导。然而,在我国市场经济并没有充分发育成熟,以政府行政资源替代市场主体处理企业,尤其是大型国有企业及上市公司的破产重整等复杂问题,反而更有效率,这与新破产法制定管理人制度的初衷相去甚远;同样是新破产法引入的重整制度,作为一种再建型的债务清偿程序,旨在为陷入困境的企业提供重生的机会,从而使企业破产法不仅仅是市场退出法,而且成为企业拯救法和企业再生法。然而,实践中重整制度成为

上市公司低成本保护壳资源,损害小股东利益的工具,非上市公司重整案例并不常见,这与最初的立法目的大相径庭。实践中上市公司的破产重整如何操作?如何在上市公司重整中保护中小股东利益?如何实现企业重整中的债务人自行管理?这些问题新破产法并没有明确的答案;此外,关联企业在我国已经是非常普遍的现象,关联企业内部一家或多家企业濒临破产时,错综复杂的关联债权大量存在。关联债权不仅增加了企业破产清算的难度,而且严重冲击了破产企业其他债权人的公平受偿。如何保障关联企业破产时非关联债权人的公平受偿权?如何维护两个及以上关联企业同时破产时相关债权人利益?新破产法对这些问题也没有清晰的规定。

配合新破产法的出台,一些著作相继问世。从已经出版的破产法著作来看,主要分为几类:一是与新破产法相关的法律规定、司法解释等法律汇编;二是由理论研究人员撰写的破产法某一方面的专著;三是法官、律师等实务人员总结的实践性经验。这几类著作中,侧重于理论探讨则实践性不足,实践经验总结的又常常缺乏理论的提炼。本书最大的特点是理论与实践的结合,编写人员主要来自高校的理论研究人员和具有丰富的企业破产法实务经验的山东德义君达律师事务所的部分律师组成。为避免理论与实际两张皮,在写作过程中首先由山东德义君达律师事务所的律师提出在新破产法实施过程中遇到的疑难问题、困惑以及处理经验,然后组织该领域有研究基础的人员围绕实践中的问题和律师共同编写,以体现该书的综合性、实用性和理论创新性。

《企业破产法》的理论研究和实践探索是一个长期的宏大的系统工程,仅以本书编写者的微薄之力,难以完全驾驭。因此,本书研究内容无法一一涵盖企业破产的方方面面,仅选取了破产实务中较为困惑的几个问题加以探讨,以期抛砖引玉。

本书要特别感谢济南市中级人民法院吴大平法官,作为来自一线的司法审判者,在本书写作过程中,他不仅提供了丰富的国内外前沿资料,而且为本书的立意、写作思路和框架的搭建提出了许多建设性意见。

在编写过程中,本书编写者参考了大量国内外著作、论文和网络资料,部分已在本书中注明出处,因有些难以查找到原始出处,望原著者予以谅解。在此,谨向这些著作者表示由衷的谢意!由于编写者学识水平有限,不足之处在所难免,望广大读者不吝赐教。

编者

目 录

第一章 管理人制度	(1)
第一节 我国破产管理人制度的优劣与完善	(1)
一、新破产法首次建立破产管理人制度	(1)
二、企业破产实务中管理人制度的困惑	(4)
三、清算组制度存废的再探讨	(10)
四、完善破产管理人制度的立法建议	(12)
结语	(17)
第二节 破产管理人的选任方式	(18)
一、破产管理人与破产管理人的选任	(18)
二、各国破产管理人选任模式	(19)
三、我国破产管理人选任方式的现有规定	(21)
四、我国完善破产管理人选任方式的具体措施	(25)
第三节 破产管理人的监督机制	(28)
一、我国破产管理人监督机制的现行规定	(28)
二、境外破产管理人的五种监督机制	(33)
三、我国破产管理人监督机制的完善	(39)
第二章 债务人财产	(48)
第一节 破产程序中的别除权	(48)
一、别除权的特点及地位	(48)
二、“别除”效力的探讨	(49)

三、现行破产制度中别除权的行使	(51)
四、和解、清算程序中别除权的延伸探讨	(53)
第二节 破产程序中的取回权	(57)
一、破产取回权制度的价值与特征	(57)
二、一般取回权与特别取回权	(60)
三、取回权行使中的疑难问题	(71)
第三章 破产债权	(76)
第一节 劳动债权的申报	(76)
一、劳动债权的内容和主体	(76)
二、劳动债权应予以特殊保护	(77)
三、我国破产法对劳动债权申报的规定	(82)
四、劳动债权在债权申报环节存在的问题	(84)
五、债权申报环节保护劳动债权的设想	(89)
第二节 破产债权的确认	(91)
一、破产债权确认制度的现状及反思	(93)
二、破产债权确认的主体与程序	(100)
三、破产债权确认过程的争议与诉讼	(106)
第四章 重整制度	(114)
第一节 上市公司破产重整方案之构建	(114)
一、问题的提出——以沧化破产重整案为例	(114)
二、上市公司破产重整的运作模式	(116)
三、上市公司债务重组措施选择	(119)
结语	(124)
第二节 破产重整中的债务人自行管理制度	(125)
一、法院批准债务人自行管理的标准	(126)
二、管理人与债务人的职权配置	(136)
三、对自行管理的债务人的监督	(141)
四、自行管理模式下相关人员报酬的确定	(145)
第三节 上市公司破产重整中小股东的保护	(146)
一、* ST 九发破产重整案的思考	(146)
二、现行法律保护中小股东的缺失	(148)

三、保护中小股东权益的法理基础	(149)
四、完善中小股东权益保护的法律建议	(151)
第五章 破产清算制度	(156)
第一节 企业破产中的接管、审计、评估与变现	(156)
一、企业破产财产的接管	(156)
二、企业破产财产的审计	(158)
三、企业破产财产的评估	(162)
四、企业破产财产的变现	(165)
第二节 破产企业环境债权的清偿	(167)
一、我国破产企业环境债权的清偿现状	(167)
二、环境债权优先清偿的理论基础	(170)
三、环境债权清偿顺序的境外考察	(174)
四、我国破产企业环境债权清偿顺位之重构	(175)
第三节 破产法中人身损害赔偿之债的优先清偿	(181)
一、人身损害赔偿之债与破产优先权的诠释	(182)
二、人身损害赔偿之债优先清偿的价值分析	(186)
三、人身损害赔偿之债优先清偿的境外经验	(188)
四、人身损害赔偿之债优先清偿的实现机制	(189)
第六章 企业破产中的特殊问题	(196)
第一节 债务人破产情形下的保证债权	(196)
一、保证债权的现有规定解析	(196)
二、保证债权处理的原则与局限	(201)
三、保证人的追偿权	(202)
四、保证债权的抵销	(206)
第二节 关联债权的困境与衡平居次原则的引入	(209)
一、企业破产中的关联债权	(210)
二、公平处理关联债权的法律困境	(212)
三、衡平居次原则的引入	(215)
参考文献	(225)

第一章

管理人制度

第一节 我国破产管理人制度的优劣与完善

破产管理人制度是各国破产法中非常重要的一项制度,该项制度是在破产程序中由熟悉破产业务的专业人员来接管债务人财产,处理与债务人财产相关的事务,以保护债权人利益。

我国的《企业破产法》(以下简称新破产法)已于2006年8月27日颁布,并于2007年6月1日起施行。与旧破产法相比,新破产法总结了我国企业破产事务的实践经验,内容相对更为系统,体例进一步完备,是我国市场经济法律体系中的一部重要法律。其中,新破产法的一个亮点,即创建了专业化、市场化的破产管理人制度,在一定程度上体现了对国外先进法律理念的借鉴,削减了清算组的行政干预色彩,是对原有破产清算组制度的一次改革,是我国在破产立法方面的一个进步,也是与国际破产制度对接的一个良好开端。

一、新破产法首次建立破产管理人制度

(一)新破产法明确了破产管理人的法律地位

清算组或破产管理人的法律地位问题一直是破产理论界研究的热点问题,学者们从不同角度形成了各异的理论学说,各国的破产法或商法典尽管称谓不同,对于清算组或管理人也有规定。大陆法系国家一般称之为财产管理人、管财人,而英美法系国家一般称之为信托人;我国旧破产法称之为清算组,新破产法则以破产管理人取代了清算组。

根据新破产法的规定,管理人由人民法院指定产生并向人民法院报告工作,在人民法院的监督和指导下开展各项破产清算工作;债权人会议有权监督管理人,但如果其对管理人有异议,也只能申请人民法院予以更换,而无权直接选任或解任管理人。

破产法的目标价值要求破产管理人具有中立性、专业性和独立性地位。^① 从新破产法的规定可以看出,管理人是一个兼顾多方利益的相对独立和中立的法定主体,这一点体现了新破产法的立法精神和宗旨。新破产法立足于社会整体利益,考虑到企业破产不仅涉及债权人利益,而且涉及破产企业职工、破产人、相关利害关系人、政府以及法院等多方面利益;其立法目的是规范企业破产程序,公平清理债权债务,保护债权人和债务人的合法权益,维护社会主义市场经济秩序。因此,新破产法不仅重点保护债权人的利益,而且还兼顾其他不同的利益群体。新破产法中的管理人成为破产程序主导者之一,以一个相对独立、中立的法定主体身份出现在破产程序之中,使其能够兼顾多方利益,这是对管理人法律地位的全新定位,此种定位有利于实现破产法律制度的价值目标。

(二)管理人的权限范围更为广泛

与清算组相比,管理人的权限范围更加广泛。

1. 空间效力的突破

法的效力范围是指法律规范的约束力所及的范围,即所谓法的生效范围或适用范围,包括法律规范的空间效力范围、时间效力范围和对人的效力范围三个方面。其中的空间效力范围是指法律规范生效的地域范围,包括域内效力和域外效力两个方面。^② 随着世界经济一体化的发展,国际经济贸易与涉外民商事法律关系日益广泛与复杂,当事人的住所地与其财产位于不同国家与地区的现象已经十分普遍,这必然产生一个国家与地区法院破产程序的约束力是否及于破产人在其他国家与地区的财产与行为的问题。因此,在实践中遇到的这类问题急需立法予以解决。但是,旧破产法适用的空间效力有限,当住所地或者主要营业地在中国的债务人破产时,清算组不能将其位于国外的财产并入中国的破产财产,难以实现对债权人利益的充分保护,同时也给债务人隐匿或转移财产留下了可乘之机;此外,旧破产法对在外国开始的破产程序在中国境内的效力问

^① 黄锡生:“破产管理人的法律地位及其职业化研究——以破产法律制度的目标价值为基础”,载《浙江学刊》2004年第5期。

^② 邱长策:《法理学》,华南理工大学出版社2006年版,第104页。

题也不明确。

对此,新破产法适用的空间效力体现出国际化趋势,采取的是有限度的普及主义,也就是说,在本国开始的破产程序,效力及于债务人在国外的财产;在国外开始的破产程序,经人民法院裁定,对债务人在国内的财产发生效力。新破产法空间效力范围的扩大化使得管理人具有了国际化的色彩。

2. 适用对象方面的突破

法律对象效力范围是指法律对主体的效力,即一国法律规范可以适用的主体范围,对哪些主体有效。

旧破产法适用的对象效力有限,仅适用于全民所有制企业,公用企业和与国计民生有重大关系的企业同其他国有企业一样,具有破产能力,但对其有限制性规定。在过去的二十多年里,我国市场经济与民主法制建设逐步完善,经济主体已出现多元化趋势,旧破产法将其适用范围仅仅局限于国有企业的规定显然已经无法适应现实的需要。

新破产法适用的对象范围体现出市场化趋势,除已经确定按照政策性破产的国有企业外,其他企业法人的破产均适用;商业银行、证券公司、保险公司等金融机构的破产以及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,也参照适用,但是由于这些金融机构的重要性与特殊性,新破产法采取了折中适用的方式。

此外,根据新破产法第 135 条的规定,如果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,参照适用新破产法规定的程序。如《合伙企业法》、《民办教育促进法》等都有破产程序的相关规定,其中属于破产清算的,都应参照适用新破产法规定的破产程序。因此,新破产法的调整范围要广得多,因而作为新破产法一项重要制度的管理人制度也可以在更广阔的空间发挥作用。

(三) 管理人的设立及组织结构更为科学

1. 成员资格

旧破产法仅规定清算组成员由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定,并没有对其成员资格条件作出具体要求。

破产管理人的活动具有很强的专业性,同时管理人在整个破产程序中具有重要的地位,因此,在管理人的选任条件上必须作出明确的规定。各国对管理人的任职资格有不同规定,其中最严格的是英国,按照 1986 年企业破产法,在各种破产程序中任职的人限于该法承认其资格的从业人员。不具备该法要求的资格

而任职的,构成犯罪行为。^①

新破产法第24条规定,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。有下列情形之一的,不得担任管理人:①因故意犯罪受过刑事处罚;②曾被吊销相关专业执业证书;③与本案有利害关系;④人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。个人担任管理人的,应当参加执业责任保险。该规定表明,管理人的成员资格条件包括积极条件和消极条件,比清算组要求更为严格、明确,更具有专业性。

2. 组织形式

旧破产法仅规定由清算组负责破产清算事务,清算组成员由人民法院从企业的上级主管部门和政府财政部门等有关部门和专业人员中指定,其组织形式体现为单一性和临时性。

新破产法第24条第1、2款规定:“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。”由于企业破产清算工作具有法律责任重、专业性较强、花费时间长等特点,新破产法不再规定从“企业上级主管部门”中指定,管理人需对各相关利益主体保持独立性和中立性,而破产企业的上级主管部门通常是破产企业的出资人,与破产企业有过多利害关系,不适合担任管理人。^② 过去的清算组这种单一构成模式在司法实践中存在行政色彩过浓等诸多问题,难以适应司法实践中破产案件的多样性要求。为此,新破产法从管理人的资格条件与组织形式两个方面对旧破产法清算组的模式进行了一定的创新,规定管理人既可以由清算组或中介机构担任,也可以由具备专业资质的自然人担任,科学的组织形式和架构既有利于体现管理人组织形式的多样性、稳定性,也有利于促使破产管理人的人员组成更加趋于合理。

二、企业破产实务中管理人制度的困惑

破产管理人制度是世界各国破产法特别是英美法系国家破产法中最为成熟的一项制度,其作为破产程序中最重要的一個主体,破产程序能否公正高效地运

① 李曙光、贺丹:“破产法立法若干重大问题的国际比较”,载《政法论坛》2004年第5期。

② 王欣新:《破产法学》,中国人民大学出版社2008年版,第88页。

行都与之密切相关。我国新破产法引入破产管理人概念,是一重大突破,但是作为一项新事物,其制度设计亦难免存在不足,主要表现在以下几个方面。

(一) 破产管理人的选任主体、选任方式和选任时间的规定不尽合理

根据新破产法第22条和相关司法解释的规定,破产管理人由人民法院根据不同类型的案件采取不同方式从管理人名册中指定。债权人有异议时,仅能申请更换,决定权仍在法院。此外,管理人的报酬也由人民法院决定。由此导致的后果是管理人必然更多地向人民法院负责,向人民法院报告工作。在这种制度设计之下,司法活动在破产管理人选人方面拥有较大的干预权利,为权力寻租、滋生腐败提供了土壤,难以确保管理人地位的独立性和中立性。

虽然新破产法规定管理人接受债权人会议和债权人委员会的监督,但实践中债权人难以对管理人实施有效制约,他们的监督最终还是要通过人民法院才能发挥作用。这样一旦对破产管理人监督机制失衡,就可能导致管理人急于行使自己的职权或滥用职权而使破产财产处于不利的境地。

破产管理人选任时间存在不合理性。根据新破产法的规定,人民法院裁定受理破产申请的,应当同时指定管理人。破产管理人应当履行下列职责:接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料;调查债务人财产状况,制作财产状况报告;决定债务人的内部管理事务;决定债务人的日常开支和其他必要开支;在第一次债权人会议召开之前,决定继续或者停止债务人的营业;管理和处分债务人的财产;代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序;提议召开债权人会议以及人民法院认为管理人应当履行的其他职责。也就是说,管理人的职责是对企业的破产财产进行全面清理、妥善保管和依法处分。按照国际通行做法,破产管理人应当从破产程序开始时起接管债务人财产。但是我国新破产法未明确规定具体债务人应何时向管理人移交财产。此外,根据第15条规定:“自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日,债务人的有关人员承担下列义务:(1)妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料……”由此可见,企业的破产财产在破产申请受理后一定时间内仍处于债务人的直接控制之下。

新破产法还规定了和解与重整程序,债务人有可能与债权人达成和解协议,而并非一定会破产清算。立法者将受理阶段的和解程序、重整程序,与宣告阶段的清算程序合并在一起,对管理人的职责不加区分地统一进行规定,此种处理方式也值得商榷。

(二)对破产管理人的监督机制不甚健全

在新破产法设计的破产程序中,破产管理人直接控制破产财产,享有较大的权限,与破产程序的各方当事人都存在千丝万缕的利害关系,其执行职务行为是否公正客观,将直接关系到破产程序能否顺利进行,关系到破产人和债权人的切身利益。虽然新破产法改变了原有的仅由法院一方对破产管理人实施监督的方式,增加了债权人会议、债权人委员会的监督,但其监督措施在实践中能否到位存在一定的问題。

第一,人民法院承担的审判任务日趋繁重,要求破产案件的承办法官对破产程序中的法律事务和大量其他非法律事务都事无巨细进行有效监督,常常是勉为其难。

第二,债权人会议并非常设机构,其无法对企业破产程序进行日常性监督。

第三,在债权人会议决定设立债权人委员会时,作为对债权人会议负责的债权人委员会缺乏中立性,很有可能出现监督人为片面追求债权人利益而忽视其他利害关系主体的合理利益诉求的情况,将使破产程序的公正性受到一定影响。

(三)破产管理人的责任制度不完善

新破产法对破产管理人法律责任的相关规定主要有两条: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,人民法院可以依法处以罚款;给债权人、债务人或者第三人造成损失,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”。从上述规定中可以看出,关于破产管理人法律责任的规定至少存在以下不足。

1. 民事责任的规定可操作性不强

破产管理人法律责任中,民事责任是核心责任,民事责任受到了各国的高度关注。《德国破产法》第60条规定:管理人有过错地违反本法所负有的义务的,对全体当事人承担损害赔偿义务。管理人应当承担一个正派和认真的管理人所应尽的注意义务。^①《日本破产法》2004年修订版第85条规定:管理人负有善良管理人应尽的注意义务。管理人违反上述义务,给利害关系人造成损害,需承担连带赔偿责任。^②我国破产管理人的民事责任主要体现在新破产法第130条中,

① 李飞:《当代外国破产法》,中国法制出版社2006年版,第32页。

② 付翠英:“论破产管理人的赔偿责任”,载尹正友、王新欣:《破产法论坛》(第二辑),法律出版社2009年版,第73页。

根据该条的规定,管理人未依照新破产法的规定勤勉尽责,忠实执行职务的,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。但新破产法在以下几个方面仍未明确,致使其民事责任追究难以有效实施:

第一,未明确勤勉义务和忠实义务的行为标准。勤勉义务是指破产管理人在执行职务过程中,应当以善良管理人的注意,认真、谨慎、合理、高效地处理和管理事务,做到不疏忽、不懈怠的义务。^①立法上对管理人勤勉义务和忠实义务的内容有哪些未进行列举,造成司法认定上的困难。

第二,法律规定清算组、社会中介机构和个人三种主体可以担任管理人,其具体责任承担仍语焉不详。清算组担任管理人时,法律责任如何承担这一在旧破产法就存在的难题仍未解决。中介机构独立担任管理人时,是否因其组织形式的不同而在同类案件中承担不同的责任形式未予以明确。个人担任管理人时,在责任承担时应属于个人责任还是其所在中介机构的单位责任等诸多问题也未得到彻底解决。

第三,管理人在民事责任方面的免责事由、责任承担范围、归责原则以及责任财产的来源等均没有规定。

2. 行政责任的范围过于狭窄

新破产法规定,管理人未依照新破产法的规定勤勉尽责,忠实执行职务的,给债权人、债务人或者第三人造成损失的,人民法院可以依法处以罚款。但是,除人民法院的罚款外,并没有国外破产立法规定吊销执业执照、停止营业、限期整顿等其他行政制裁方式,且对该罚款的上下幅度未作规定,由人民法院根据具体情况自由裁量,导致各地裁判标准不一,不能对管理人形成强有力的警示和震慑作用。

3. 刑事责任承担没有明确

新破产法用一个条文对刑事责任进行了高度概括,即“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”但是,在实践中,哪些属于严重违法行为应当承担刑事责任,新破产法没有进行具体列举。虽然我国2006年6月29日公布的《刑法修正案(六)》在刑法规定妨碍清算罪等罪名基础上,增加了公司、企业实施虚假破产应承担刑事责任的规定,但目前刑法及刑法修正案对管理人的刑事责任未作任何规定。

刑法未针对破产管理人管理行为的特点作出相应规定,与新破产法衔接失

^① 王卫国:《破产法精义》,法律出版社2007年版,第76页。

当,既不利于破产程序的有序进行,也不利于债权人利益的保护。^① 由于具体规定的欠缺,导致管理人刑事责任的落空,不利于预防和惩处管理人的严重违法行为。

(四) 管理人的被动执业与报酬的不到位

1. 管理人随机的选定方式增加了风险

根据新破产法第13条的规定,人民法院在裁定受理破产申请时,应当同时指定管理人。根据最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第21条的规定,对于银行、证券公司、保险公司等金融机构破产的案件,或者重大复杂的案件,可以通过招标或者其他方式来择优选定管理人。对于非金融机构的其他重大复杂破产案件或其他破产案件的管理人,最高人民法院《关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第20条规定,人民法院一般应当按照管理人名册所列名单采取轮候、抽签、摇号等随机方式公开指定管理人。这种随机方式可以在一定程度上防止不正当干扰因素,但是也要看到,以此种方式选定管理人,不区分案件难易以及管理人能力和资历的强弱,也无法根据案件实际需要选择管理人。比如以随机方式产生异地管理人时,其在执行职务时不可避免地增加执业成本,与各有关主体的沟通可能有所不便。而对于被指定的管理人尤其是中介机构管理人而言,在其对破产企业的资产负债等状况一无所知且未能对相关风险进行自我评估的情况下,被动接受人民法院的指定担任管理人,无正当理由也不得拒绝法院的指定,其执业风险显而易见。

2. 管理人报酬有待细化

管理人参与破产事务管理有权获得相应报酬,但是管理人的报酬对法院而言是个两难的选择,如果过低难以保证其勤勉从事破产管理工作,过高势必影响债权人利益。从现有规定来看,管理人的执业报酬问题尚需继续明确和细化。

人民法院如何能在法定幅度内确定合理的管理人报酬而又不致引发债权人的争议是一项难题。根据最高人民法院《关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》第2条的规定,管理人的报酬按比例从破产财产内支付,可以分期支付,法院应当在受理破产案件时,综合案件的实际情况确定报酬标准,并可根据实际工作需要酌情增减。但是,该规定在具体实践中往往难以落实。实际上在破产案件受理之时,尚无法确定破产财产的实际数额,而破产案件的实际工作量

^① 黄小丹:“反思与重塑:试论我国破产管理人制度的完善”,载王欣新:《破产法论坛》(第4辑),法律出版社2010年版,第103页。

往往要待管理人接手破产企业,并进行审计和评估后才相对可以确定,而法院受制于压缩破产费用、减少破产成本的需求,往往会尽量控制管理人报酬的支付比例,一般难以实现管理人对报酬的高期盼值。

值得一提的是,管理人接手破产企业进行资产清理后,发现实际上无财产可破而需要结束破产程序的,其报酬如何给付,新破产法并没有规定,这就意味着管理人有可能无法获取酬劳,这势必影响到管理人从事这一服务活动的主观能动性和积极性。

(五) 管理人难以解决破产企业的社会问题

在我国社会保障体系尚不健全的情况下,企业破产,尤其是国有企业破产,其职工安置及包括各项社会保险等在内相关费用的缴纳事宜最为复杂,稍有不慎就会引发群体性纠纷,波及社会稳定,造成不良影响。因此,这一难题成为企业破产程序中的一个高压线,处理起来必须慎之又慎。而破产企业往往严重缺乏资金用于安置职工,在中介机构担任破产管理人的情况下,其上任接管企业后往往要面对巧妇难为无米之炊的尴尬局面。

企业破产后,其破产财产的处置变现往往需要一定的时间方能完成,且存在无财产可破的可能性,对上述问题的解决,单纯中介机构管理人在缺乏政府层面有利支持的情况下,往往难以应付。

如果由管理人垫付费用,则更是对管理人经济实力和处理能力的极大考验,在实际操作中管理人愿意垫付费用。但是职工安置费用的落实问题又是管理人无法回避的问题,较之以往成员来自政府各个部门的清算组而言,中介机构管理人在相关职工安置的政策、法律的熟悉程度以及与政府部门协调沟通的有效渠道方面显然大不如清算组,许多问题还是需要向法院请示汇报,由法院出面协调解决。

由此可见,新破产法虽然规定了专业管理人制度,以取代过去带有深重行政色彩的清算组,但在新旧法过渡时期,在国有企业破产案件中清算组的存在仍是必要的。实践证明,国有企业破产中许多历史遗留问题,如职工安置等,在需要政府等多方力量来综合治理、共同解决的情况下,清算组存在具有特定的必要性。

(六) 清算组的保留

从新破产法对破产管理人任职资格的规定可以看出,我国与目前世界各国的通行做法基本是一致的,顺应了世界破产立法的发展趋势,而在此基础上,新破产法仍保留了清算组这一饱受争议的特殊主体,此举体现出新法仍保留