

刘锡秋：由法院指定企业破产管理人的弊端和困境 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_88_98_E9_94_A1_E7_A7_8B_EF_c122_485048.htm 于2007年6月1日开始实施的《中华人民共和国企业破产法》，其法律意义自不必言。从非法律意义上说，是一部能够极大完善中国市场经济体制和提高社会经济运行质量、强化社会信用的重要法律，起草历经十数年，实属来之不易，整个法律界乃至经济界都如大旱望云霓，翘首以盼许久。企业破产管理人的引入是该法的一大亮点，除了于破产法功能本身具有无不合理、顺畅的意义之外，也使得苦于业务狭窄的律师界因拓展一才华施展之新领域而欢欣鼓舞。于是，管理人的准入、管理、报酬、指定等有关管理人的重要事宜，就自然成了有资格担任管理人的中介机构及其个人关注的焦点。但是，令人十分遗憾的是，管理人由法院指定的规定却不幸成了中国新破产法律制度起步的首要障碍。当2006年6月底在北京一个破产法讲座中得知法律草案中规定破产管理人由人民法院指定，众多听者表情凝重和一脸疑惑。众所周知的是，当时已经不止一次的听说一些法院的破产法庭频繁有法官落马被查，特别是还有为数不多的优秀破产法官也没有经得住诱惑和考验而令人扼腕。当时无论是从破产法功能、性质和目的要求的本身，还是于司法环境的现状，对这样的规定都是百思不得其解，因为，道理实在并不深隐。尤其是，当了解到在已经有权威的破产专家包括草案起草小组成员对此不但从破产法目的本身要求而且还从目前司法环境的现实状况等角度都提出了不同意见情况下，管理人由法院指定的规定仍然被斩钉截铁

的放进了《破产法》，实在令人吃惊不小。由此，一方面深深认同北京的韩传华律师关于破产法起草小组由于根本没有律师界的代表从而使得最大的法律阶层之一在立法博弈的过程中沦为弱势群体的唏嘘感叹，另一方面也十分忧虑从来没有管理中介机构职能和经验的法院和法官，在目前的司法环境状况下能否不因此而出现不合理、不公正的行为，或频繁出现其他新的寻租、擅权现象。国际上通行的管理人的产生途径大致有三种情况。一、由法院指定或选任，但债权人可以提出异议。日本是其代表国家。二、由债权人会议选择，债权人会议选择之前由法院临时指定。如美国、瑞士、加拿大等国家。三、由债权人会议选择，相关法定机构协同。如台湾、英国等。从上述做法观察，至少可知如下两点：其一，现行的《破产法》管理人产生的途径应当说与上述第一种即日本的做法基本相同。但是，必须要提醒的是，日本的法官已经是一个高度专业化和精英化的法官群体，是一个被称之为“绝无腐败的”法官群体，与我国目前的司法环境状况实不可同日而语。其二，由债权人选择管理人也是市场经济国家选择管理人的主流做法之一，也更加符合债权人根据意思自治原则来处理破产的商业安排。破产法专家李曙光教授告诉我们：破产法的概念是当债务人不能清偿债务时，债务人在司法程序中对债权人债务的公平清偿，破产程序是一种商业安排。破产法的常识告诉我们：破产法是程序法和实体法的混合体。以往的破产法律的实践也告诉我们：在破产程序或债务清偿的商业安排中，债权人会议或债权人居于主导地位，或者说是当事人的意思自治居于主导地位，法官或司法公权只是在程序或自治出现障碍时给与救济和纠偏；如果

债权人会议取得共识的机率较高，破产程序的进展就较为顺利；如果清算组（管理人）的工作得到债权人会议认同的机率较高，破产程序的进展也会较为顺利；债权人之间的分歧，或由于债权人对清算组（管理人）的不信任或清算组（管理人）的不公正行为造成债权人意见的高度分歧，往往是破产程序久拖不决和纠纷频起的主要原因。此外，破产的法律实践还明白地告诉我们：如果清算组（管理人）能够获得债权人的高度信任，由于不信任清算组（管理人）而导致债权人出现分歧的情况就会大为减少，或者说，当债权人出现分歧时，由他们共同信任的第三人（清算组或管理人）出面调停，取得共识的机率也会大为提高。最后，还必须诚恳的说：根据笔者从事律师工作的切身经验和运用一个正常法律人的理智判断，在我国由债权人会议选择管理人毫无疑问应当是首选的方案，应当说，这不但非常符合我国建立新的破产法律制度的实际需要，也是我国以往的破产法律实践的经验总结和自然延伸，而且与目前我国司法环境状况相适应，与主流的司法理念相吻合，更是保障新《破产法》顺利实施的重要措施之一。毫不夸张地说，等待《破产法》实施的过程，是一个令许多法律人既满怀期盼又忐忑不安的忧虑过程。随着《破产法》的开始实施和各地法院管理人名册编制工作的陆续开展，终于，被十分忧虑的情况还是不以人的意志为转移而逐渐开始发生，管理人由法院指定规定的弊端一个个的开始变成为现实。目前已经发现的突出的问题主要有如下三个。第一，少数地方法院在管理人名册的编制工作中未充分体现公开的原则，实在是暗箱操作之嫌疑。少数法院既没有充分发挥中介组织行业协会的作用，也不依照《最高人

《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》规定的内容发布公告，更有甚者，极少数法院采用法律圈内人众所周知的降低被人注意机率的方式发布公告，从而导致只有部分中介机构及时申报。自然，那些被漏报的中介机构分明不肯等得太久，否则，一步赶不上，步步赶不上，而且也不知道法院下一批管理人何时开始申报（一年？二年？抑或五年？），于是频繁到法院找人疏通关节的情况自然难以避免。这是否可以被看作管理人由法院指定的规定所导致的第一次寻租的机会已经出现？

第二，少数地方法院没有充分体现公平的原则，以分批次为理由，公然限定管理人的数量，无端剥夺或停止中介机构及其个人的管理人准入资格，限制中介机构的依法享有的正当经营权，人为的制造中介机构的不平等竞争。根据《破产法》第三章的规定，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。这是关于管理人准入资格和标准的一般规定，根据这个规定，上述每一个合法成立的中介机构及其个人都具有担任管理人的资格和从事管理人业务的经营权。非依《破产法》第二十四条规定情形，不得限制和剥夺这些机构及其个人担任管理人的资格。因此，普遍准入是一般性规定，不予准入是例外。以各种方式限制管理人数量，就是非法剥夺、限制未入围中介机构及其个人从事管理人业务的正当经营权。虽然有些法院在分批名义下编制和公告管理人名册，但相关司法解释给予法院所谓分批编制公告的自由裁量权太大，既没有规定其批次之间的期限，也没有规定分批次的前提条件，无形中赋予了地方法院随意限制管理人数量的空间和余地。这是否又

无形中制造了一次寻租的机会？限制经营者的正当经营行为，这是连人民政府都被《反不正当竞争法》第七条禁止的不正当行为，虽然当时的法律并没有将法院列入禁止行为的范围（或许是法律根本就没有想到人民法院也终有一天会越俎代庖的来管理中介机构的一项业务），但人民法院作为司法机关自然也不能公然大行其道，因为，不能正己，何以正人？

第三，编制管理人名册的评审标准缺乏权威，或因其无法科学量化，而使评审流于形式；或因其观念陈旧，不能保证评审的客观公正。《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第十条第二款规定的评审标准是：“人民法院应当根据本辖区社会中介机构以及社会中介机构中个人的实际情况，结合其执业业绩、能力、专业水准、社会中介机构的规模、办理企业破产案件的经验等因素制定管理人评定标准，由评审委员会根据申报人的具体情况评定其综合分数。”该款规定的评审标准基本无法切实执行。首先，作为律师界本身，早些年热衷评选所谓“十佳律师”的活动已日渐式微，其中一个重要理由就是无法将一个优秀律师的标准科学的、没有争议的量化，评选活动很难不流于形式，评选的结果往往缺乏足够的权威。类似这种评选活动已经被公认为是制造律师之间不平等竞争的原因之一。律师界自身尚无法做到客观公正和权威的评审，完全不具备管理中介机构职能和完全没有管理中介机构经验的人民法院，缘何就能根据上述标准通过综合打分的方式做到评审的不偏不倚和客观公正？已经有参加评审的法官感叹，评审完全是、只能是根据行业协会的意见作出决定，只能限于形式审查，没有实质意义。其次，中介机构的规模与管理人、管理人个人的能力之

间并没有必然联系，而且，许多国家的管理人就是由个人担任，与其所在的机构规模不发生任何联系。而且机构作为管理人本身还存在没有解决的问题（如这种集体承担责任可能会导致滥责无辜，或罚不到具体责任人的问题）。实际情况也正是如此。此外，新的《律师法》草案已明确规定律师可以个人开业，如果按照上述评审标准打分，个人开业律师在评审中基本无法获得高分，也基本就没有从事管理人业务的可能。因此，以机构规模的大小作为评定的标准，或失之于科学合理。或明显属于观念陈旧。综合上述弊端，皆因目前《破产法》和司法解释赋予法院选择管理人、指定管理人的自由裁量权太大，且基本没有具体的限制（印象中，最高人民法院在制定司法解释时，几乎很少给法院、法官规定具体、明确的禁止性行为和法律后果，都是从宽容和善意角度来的看待法官的用权的行为，基本建立在法院、法官的司法行为都是客观公正为前提的基础上的），总而言之，上述弊端皆产生于管理人由法院指定的规定。仅仅上述弊端已经分明令人感到管理人由法院指定的规定足以削弱《破产法》实施的功能和实际效用，足以无端的提高《破产法》实施的社会成本。这样的规定，与《破产法》的功能、性质和目的要求相悖，与破产法律实践的需要相脱节，与时下司法环境状况不相适应。实际上，管理人由法院指定的规定所带来的弊端，还不仅仅局限于上述问题，如果不纠正管理人由法院指定的不切合实际的规定和难以执行的做法，即便是按照《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》或者下一步还要颁布的司法解释，以下现存的和即将发生的有关管理人选择的两个困境都难以化解。第一、根据《破产法》和

现行法律规定，有资格担任管理人的中介机构普遍准入是一般性规定，不予准入是例外；人民法院没有设定准入资格的职能和权力，这些权能依法应由行政机关行使。但是，一个地方全部有资格担任管理人的中介机构及其个人之间，确实也客观存在专业能力和经验上的差别，如果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，难免将一些债权人显然不满意的中介机构或个人抽中或多次抽中，或者无法将债权人希望的管理人选中，从而可能导致债权人频繁要求更换管理人，或在法院无法容忍其继续更换的情况下，债权人基于对管理人的不信任而导致破产程序坎坷曲折。因此，在管理人由法院指定的前提下，全部准入，效率降低；随意限制，又越俎代庖，破坏了中介机构平等竞争。以上提到的目前出现的诸如暗箱操作、限制管理人数量等问题，极有可能也是人民法院希望规避这个困境迫不得已而为之。此外，债权人对管理人的选择，往往代表着社会公众对中介机构及其个人的评价，往往代表着中介机构及其个人与债权人共同构成的“管理人市场”机制的公允选择，有助于中介机构和个人的平等竞争、优胜劣汰和健康发展，其促进“管理人市场”形成和健康发展的良性作用要远远胜于法院基本流于形式的评审和指定。这里，还且不论流于形式的评审可能走的更远。因为，时下连法院审判委员会被人为的控制已经不是什么新闻，更何况一个评审委员会。如果再考虑到时下律师与法官之间的种种高度敏感、紧张和错综的关系，法院的评审指定能在多大程度上体现公正性，不得不令人存疑。这不禁让人想起改革开放之初的“计划和市场之争”，但众所周知论辩的结果，即计划逐步让位于市场。

同理，“管理人市场”公允的选择较之于法院主观的评审指定，更有助于管理人之间的公平竞争、优胜劣汰和健康发展。第二、法院的评审指定，根据司法解释，主要在两个环节上发挥作用，一是编制管理人名册中的评审，二是如果采取竞争方式指定管理人的，人民法院应当组成专门的评审委员会评审。法院非中介机构的行业管理部门，法院并没有管理中介机构的职能和经验，其对有资格担任管理人的中介机构及其个人的评价，相对而言，远没有行业协会或相应主管行政机关全面、具体，更没有建立在债权人（管理人市场）充分、自主选择的基础上真实、可靠。如果律师作为破产法律业务的管理人可以由法院指定，那么，理论上说，律师的其它诉讼业务的代理、辩护也存在交由法院指定的可能性（未成年人辩护人的指定便是，不过还是由行业协会和司法机关具体办理）。但我们不可想象，如果将现有的包括管理人在内的律师与法院有关业务全都交给法院采取轮候、抽签、摇号等随机方式公开指定管理人、代理人、辩护人，律师行业将如何能健康发展，平等竞争和优胜劣汰将如何体现？应当说，将对中介机构及其个人从事某项业务资格的评审工作移交给专司审判且工作已经十分繁重的法院（法官累死在岗位上的新闻已屡见于报端），确实属于风马牛不相及的举措（把法院卷入了一个商业判断而非司法判断之中），其评审结果或基本依照行业协会的意见办理，或根据与中介机构及其个人的亲疏远近办理。法院对管理人的评审指定，除了使法院对管理人的遴选大权在握之外，基本没有顺应破产制度功能、性质和目的要求的实际意义，评审委员会基本形同虚设。上述困境产生的痛苦，还将继续伴随着新《破产法

》踉跄同行。归纳言之，择其要端，《破产法》关于管理人由法院指定的规定，其主要弊端如下：1、无端的提高了破产法律程序运作的社会成本，降低了破产法律程序的效率；2、与《破产法》的功能、性质和目的的要求不相符合，甚至南辕北辙；3、给尚未得到基本遏制的司法腐败行为的寻租提供了更多机会和温床，既不符合国情，也不利于预防司法腐败。如何解决上述问题，答案是明确的：必须立即实事求是的考虑修改管理人由法院指定的规定。如此，便可将管理人选任问题化繁为简、举重若轻。最后，还必须特别指出的是，管理人由法院指定的规定，还与我们现在奉行的主流司法理念是明显相违背的。2004年8月28日，全国人大常委会通过了《关于完善人民陪审员制度的决定》，最高人民法院在解答人民陪审员制度于我国民主法制建设的意义时，阐明了四点：首先是有利于弘扬司法民主，其次是有利于促进司法公正，第三是有利于保证司法廉洁，第四是有利于增强司法权威。2007年9月3日，第一次全国法院人民陪审员工作会议召开。罗干同志在该次会议上明确指出：“实行人民陪审员制度，是发展社会主义民主政治的重要实践，是推进依法治国的重要内容，是促进社会和谐的重要手段，是维护司法公正的重要举措，符合我国国情、符合我国司法实际，具有很强的现实生命力。”最高人民法院院长肖扬也在会议上指出：“通过陪审这座桥梁，人民群众在司法领域依法参与管理国家事务，使民意得以上通，上情得以下达，很好地体现了人民司法为人民的本质特征，体现了人民当家作主的政治地位。”在沉寂了多年之后，目前人民陪审员制度再次被高度的重视，其被重视的主要理由中，其中就包括了司法民主、

司法公正和预防司法腐败的急迫需要。人民陪审员制度所体现的司法民主、司法公正的含义，根据陪审制度的发展历史表明，其中的一个含义说白了就是由人民陪审员共同分享和行使专业法官的审判权力，防止专业法官专断和腐败。尽管目前的人民陪审员制度还有待完善和继续探讨，但是人民陪审员制度再次得到重视给我们的最大启示，是我们对待目前的司法环境状况的态度能够比从前更加的实事求是，能够更加的有勇气正视所面对的严峻问题。同理，在管理人选择的问题上，我们是否不仅要贴近《破产法》的功能、性质和目的的要求，是否不仅要参考市场经济国家的最适合我国的通行做法，我们是否还应当借鉴人民陪审员制度所体现的司法理念、核心价值，更加能够从司法民主、司法公正和预防司法专断、司法腐败的角度来考虑管理人的选择方式。应当说，目前由法院指定管理人的规定与时下我们对司法环境状况的深刻反省和所奉行的主流司法理念是明显相悖的，毋庸讳言，它是实施《破产法》的首要的、无法回避的和本来完全可以避免的弊端和障碍。基于上述，笔者不揣冒昧的建议，将《破产法》第二十二條的主要内容修改为：“管理人由债权人会议选定。债权人会议不能在规定的期限内就管理人选作出决定的，人民法院应当在债权人会议中已被作为候选管理人以外的管理人名册当中采取轮候、抽签、摇号等随机方式公开指定管理人。对人民法院指定产生的管理人，债权人认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请人民法院予以更换。申请更换的次数不得超过两次。如果以债权人会议以重新选定管理人的方式予以更换，则不得再次申请更换。债权人选任确定的管理人

报酬，由债权人与管理人协商确定。指定管理人和确定管理人报酬的办法，由最高人民法院规定。”建议在《破产法》第三章“管理人”中加入诸如以下内容的条款：“债权人会议选定管理人或人民法院指定管理人，应当在管理人名册中选定和指定。管理人名册由律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等中介机构行业协会分别编制，交由人民法院汇总编制。人民法院应当将管理人名册置于法院公开场所供债权人查阅。人民法院对管理人名册如有异议或发现管理人有违反法律、违反职业道德的行为，可向该管理人所属行业协会提出暂停编入管理人名册或从管理人名册除名的建议，相关行业协会应当根据人民法院的建议重新审查有关中介机构及其个人的从事管理人业务的资格”。据报道，美联储前主席格林斯潘先生在其最近撰写的《动荡时代：新世界中的冒险》一书中对中国的司法状况发表了较为尖锐的评论。格林斯潘在目睹中国经济繁荣增长的同时认为，中国的经济前途也正受到威胁，因为它缺乏一些可以保障经济繁荣的要素。他在书中写道：“财产权不只需要一部法律，还需要能执行法律的行政与司法体制，在这方面，中国是落后的”。看着格老的评论，想想《破产法》中管理人由人民法院指定的不切合实际和根本难以执行的规定，作为中国的法律人，如同芒刺在背。真诚的期盼不要等到该问题发展到积重难返的地步和付出巨大的代价之后，才有勇气来修改这条规定。（作者：刘锡秋，中共江西华兴律师事务所党支部书记，中华全国律师协会宪法和人权委员会委员，江西省立法研究会常务理事，南昌仲裁委员会仲裁员，江西财经大学兼职教授、校外硕士生导师，南昌航空大学兼职教授，南昌大学赣文化

研究所特聘研究员，南昌电视台特约评论员，江西省第十届人民代表大会代表。Xiqiuliu@163.com) 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com