

doi: 12.3969/j.issn.1672-0598.2010.02.019

律师事务所担任破产管理人的比较优势分析^{*}

赵玉意

(桂林理工大学 管理学院,广西 桂林 541004)

[摘要]我国现行破产法和司法解释对破产管理人做了较为详尽的规定,律师事务所、会计师事务所、清算事务所、清算组以及具有专业资质的个人可以担任破产管理人,这些机构和个体的数量远远超过我国企业破产案件的数量,这就必然导致各主体在破产管理事务中处于竞争状态。破产管理事务始终以法律事务为主导,律师事务所以数量众多、专业性强、规范发展和充分准备等独具比较优势,因而应当成为破产管理人的领头羊。

[关键词] 律师事务所;破产管理人;比较优势;企业破产法

[中图分类号] D926.5 [文献标志码] A [文章编号] 1672-0598(2010)01-0113-05

2006年8月27日通过、2007年6月1日起施行的我国《企业破产法》相比于之前试行的《企业破产法》,是立法理念和具体制度的创新和开拓,其中不得不让人关注的是破产管理人制度的规定。全国各地的高级人民法院或者中级人民法院都在综合考虑各中介机构的条件并针对本地区破产案件的数量编制首批破产管理人名册。笔者认为,尽管企业破产案件融法律事务和非法律事务于一体,然而,破产更多是一种法律现象,《企业破产法》的初衷即在于通过法律的方式创设一个企业退出的顺畅途径。因此,在这项新的业务当中,律师事务所应当利用自身的专业优势在企业破产管理事务中发挥比较优势,占据主导地位。

一、我国法律、司法解释对于破产管理人的相关规定

我国《企业破产法》单列第三章具体规定了破产管理人制度,其中第二十条明确: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。《企业破产法》并就不得担任破产管理人的消极要件进行了列举。

《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》将编制管理人名册的权限赋予高级人民法院或者中级人民法院,并就律师事务所、会计师事务所、清算事务所以及个人申请编入管理人名册的具体条件进行了规定。在《企业破产法》和《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》出台后,各地编制管理人名册的人民法院组成专门的评审委员会,就破产管理人名册的准入制定了评分标准,尽量弱化进入管理人名册程序的主观因素。

在破产管理人制度的规定上,上述法律和司法解释限定以下主体有资格担任破产管理人:律师事务所、会计师事务所、清算事务所、清算组和个人。笔者认为,法律之所以规定诸多主体均有资格担任破产管理人,一方面是考虑新旧破产法的衔接;另一方面是在这个新兴业务上为各主体提供一个平台和竞技场。实质上,上述各主体涉及不同行业或者部门,以往的从业经验有差别,各自的专长也有差别,因此,就个体来说存在差异,就主体类别而言也存在能力、起点不同的可能性。同时,尽管《企

* [收稿日期] 2009-10-14

[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,湖南邵阳人;桂林理工大学管理学院讲师,法学硕士,主要从事比较法、经济法研究。

业破产法》和《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》认可了多元化的主体可担任破产管理人,但对于各主体在法条上并非同等对待,即在各类主体的准入条件上要求不同。笔者认为,法律的规定和从业专长均表明,律师事务所应当在企业破产管理事务中充分发挥优势。

二、律师事务所担任破产管理人的比较优势

最高人民法院在答记者问时,曾提到《企业破产法》没有对管理人设置专门的执业资格,更没有设置管理人资格考试制度的问题,希望利用现有的律师、会计师执业资格的资源解决这个问题,规定凡依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所,具有律师、注册会计师等专业资格的执业人员均可以担任管理人,其立法本意是避免造成新的市场准入障碍。

(一)全国部分省份、城市首批破产管理人名册概况及律师事务所比例

1998至2007年十年间,我国法院共受理破产案件64311件,其中最多的一年是2000年,将近1万件。2007年,人民法院受理破产案件仅为3817件。全国大概有500多万个企业,其中绝大多数采取公司制和法人制,而每年人民法院受理的破产案件不到一万件,显然较少。^[1]统计数据表明,至2006年底,全国共有律师事务所12400多家,会计师事务所6425家;破产清算事务所由于目前还没有行业协会,无法作出较为准确的统计,但以天津为例,就有100余家。^[2]数据对比显示,社会中介机构的数量远远超过企业破产案件的数量。因此,并非所有中介机构都能被指定为破产管理人,各中介机构在担任破产管理人上必然处于一种竞争的态势。

在《企业破产法》和两个司法解释(《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》和《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》)出台后,各地高级人民法院均加紧编制本地的首批破产管理人名册,从已经公布的数据来看:北京市:100家中中介机构,其中65家律师事务所,33家会计师事务所,2家破产清算事务所,第一批个人管理人名额为10名律师和10名注册会计师。^[3]天津市:15家清算事务所。河南省:260家中中介机构,165家律师事务所,84家会计师事务所,11家清算事务所。^[4]广西壮族自治区:50家中中介机构,律师事务所25家,会计事务所19家,清算事务所6家。^[5]重庆市:20家中中介机构,律

师事务所14家,会计师事务所5家,清算事务所1家。^[6]陕西省:75家中中介机构,律师事务所37家,会计师事务所30家,清算事务所8家。^[7]

图1 部分地区首批管理人名册中的中介机构数量和律师事务所比例

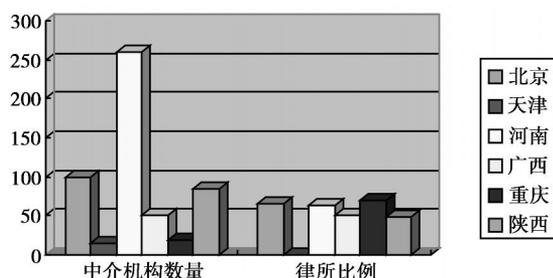


图1形象显示在我国部分地区已经公布的管理人名册当中,绝大部分省市律师事务所占到50%~70%的比例,明显高于其他主体所占比例。这表明各地高级人民法院在理解最高法院司法解释关于指定破产管理人方面是有所选择的。

(二)其他主体担任破产管理人的劣势分析

从理论上说,律师事务所较其他主体更适宜担任破产管理人,其他主体担任破产管理人存在诸多缺陷,下面一一进行分析。

1. 会计师事务所

我国《企业破产法》第二条规定:企业法人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,依照本法规定清理债务。这通常被认为是破产界限的规定,不能清偿到期债务由利害关系人举证,资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力,这里就要由会计师事务所进行量化,企业清算的工作一方面是摸清破产企业的家底,有多少财产可供分配,一方面是核实企业的负债,这些工作应当由会计师事务所主导。然而,会计师事务所从事这些行为必须以法律作为基础和前提。譬如,会计师事务所要做一个破产企业的审计报告,破产财产指被宣告破产后的债务人财产,人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权为破产债权。审计报告通常会包括应收债权明细和应付债务明细,对于哪些债权应该追回,是否超过诉讼时效,哪些债务应当偿还,是否超过诉讼时效,这些债务的清偿顺序等,都需要依据破产法律法规来进行界定。换言之,审计报告只是提供一个大的精确的范围,其是否在破产法的调整领域则需要再进行法律判断。会计工作在破产清算中属技术性工作,必不可少,但均以为律师事务所或者律师工作服务为目标。相比而言,法律工作比会计工作更应发挥主导作用。

2 清算事务所

从已经公布的首批破产管理人名册来看,少数地区清算事务所数量较多以至占绝对优势。有人主张由于目前尚无破产管理人资格认定机制,清算事务所在以往的破产清算事务中积累了较为丰富的经验,因而主张在《企业破产法》施行的前一阶段,应由清算事务所发挥主力军作用。

诚然,清算事务所担任管理人并不存在法律障碍,破产法明确规定,清算事务所是有资格担任管理人的。但是从操作层面来讲,清算事务所的劣势也是显而易见的。从立法角度讲,律师、注册会计师都必须要通过国家统一资格考试,才能拿到相应的资格证书,而清算事务所的从业人员却没有这方面的限制。清算事务所没有成立专门的行业协会,也就没有可以组织考试颁发专业证书的机构。另外,设立律师事务所、会计师事务所必须满足法律规定的相应条件,而清算事务所则相对没什么限制条件。由于清算事务所的门槛相对较低,有可能会有一些人通过设立清算事务所,来规避法律对律师事务所和会计师事务所申请管理人的严格要求,以清算事务所的身份取得管理人资格。更有甚者,一些中介机构为了能够列入管理人名册,将律师事务所和会计师事务所人员合并成一个清算事务所,这样一来就有了大批律师和注册会计师,有了数以百万计的注册资本。所以,司法解释上对清算事务所申请管理人规定了较律师事务所、会计师事务所更为严格的条件。

因此,清算事务所存在着诸如人员结构复杂、组织形式多样、承担民事责任能力差、缺乏必要的专业知识等天然劣势,其能否胜任管理人职责值得质疑。

3 清算组

《企业破产法》施行之前,企业破产清算事务主要由清算组主导;《企业破产法》施行之后,在其第一百三十三条和《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》第十八条和第十九条具体规定了指定清算组为管理人的情形,主要包括:破产申请受理前,根据有关规定已经成立清算组;在《企业破产法》施行前国务院规定的期限和范围内的国有企业实施破产的特殊事宜;破产申请受理前,根据有关规定已经成立清算组等。清算组成员从政府有关部门、有关中介机构、金融资产管理公司、人民银行及金融监督管理机构等指定。由此,清算组只能在上述特定情况下才能被指定为管理人,这主要是考虑新旧破产法的衔接,同时基于

以往国有企业政策性破产,让政府为主的清算组发挥强有力的公权力,及时安置职工,维护社会稳定的考虑。

但是清算组任管理人存在一些先天不足。首先,清算组行政色彩浓,不是侧重于公平保护债权人的利益,而是侧重于维护整个社会的利益,有的时候是以牺牲债权人的利益来保全职工利益,相当于该由政府掏钱改为由债权人买单;其次,政府部门派出人员担任清算组成员只是兼职,清算组清算效率没有保障;第三,清算组作为临时性组织,没有责任财产,对清算组违法失职行为无法追究法律责任。这些清算组成员往往在一个破产案件结束后即解散,当出现问题很难追究整个清算组的责任,如因某个清算组成员过错造成破产企业或者债权人利益受损,也很难追究清算组成员责任,因其系职务行为。最后,清算组成员系无偿工作,工作动力和压力不足。

4 个人

在《企业破产法》第二十四条第二款中规定: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,具体列举了个人管理人的消极要件;要求个人担任管理人的,应当参加执业责任保险。法律上对个人管理人的资格规定较机构更为审慎和严格。尽管有人主张个人较机构更富有责任感,但是笔者还是持保守态度。诚然,个人较机构而言并无信任风险,但破产管理事务是一项十分复杂、实践性很强的综合性业务,融社会、经济、法律问题于一体,不仅大量的法律事务与非法律事务交织在一起,而且可能面临破产清算、重整、和解多重任务,对管理人素质、能力的要求可想而知。因此,未来破产管理事务应以机构主导为趋势。

(三) 律师事务所担任破产管理人的比较优势

无论是会计师事务所、清算事务所、清算组还是个人,担任破产管理人都有各种各样的缺陷和不足,相比而言,律师事务所在诸多方面都有一定的比较优势,应该在破产管理工作中发挥生力军作用。

首先,律师行业经过长期的发展,已经培育出一支业务精湛的队伍,随着法律职业资格考试的推广和普及,律师准入设定了一个比较高的门槛。自1979年律师制度恢复以来,30年间律师队伍由212人发展到15万多人,律师事务所由79家发展到近1.5万家,我国律师事业发展取得显著成绩。

据统计,截至 2008 年底,全国执业律师已达 156 710 人,全国律师事务所已有 14 467 家,担任各类法律顾问 314 867 家。2007 年一年,全国律师代理各类诉讼 1 967 784 件,从事非诉讼事务 534 643 件,承担法律援助 184 739 件。^[8]在对律师事务所的规范上,采合伙制的律师事务所要遵循现行的《合伙企业法》,法律将其定性为特殊的普通合伙企业。在此之前,律师事务所即便采取合伙的方式设立,亦不受《合伙企业法》的调整,而由《民法通则》的原则规定进行规范。

其次,笔者始终认为,在破产管理工作中,法律事务自始至终都是最主要的事务。譬如,在税务债权人申报的欠税及滞纳金是否属于破产债权及清偿顺序问题上,法律依据就显得非常重要,根据我国《企业破产法》第一百一十三条的规定,欠税债权如产生于企业破产宣告之前且未过追缴期限的,其税款本金属于破产债权,其优先于普通破产债权、位列于职工债权之后获得清偿。但同时根据《税收征收管理法》第五十二条和《国家税务总局关于欠税追缴期限有关问题的批复》的规定,对于已经超过三年的追缴期限的税款将依法可不列入清偿范围。对于产生于企业破产宣告之前的滞纳金债权,根据最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定不属于破产债权。而对于企业在破产宣告后继续营业及变现破产财产所产生的税款及滞纳金,根据《企业破产法》第四十二条第(四)款的规定属于共益债务,由破产财产随时清偿。在破产企业所欠税款和清偿顺序问题上,必须找到相应的有效的法律依据,才能作出正确的判断,只有在律师事务所出具了相应的法律意见书后,会计师事务所才能开展工作。由于企业破产管理涉及相当多的法律,既包括破产法律,还包括劳动、税收、合同等其他法律;在法律层级上,则不仅包括法律,还包括最高法院的诸多司法解释以及劳动部、财政部、国家税务总局、全国总工会等发布的各个文件,由于部门众多,就同一问题有不同甚至相反规定的情况也普遍存在,也即在破产法律规定中存在着法律冲突,这些都有赖于擅长法律的律师事务所进行辨别和选择,这样繁杂的法律工作无疑只能由律师事务所才能做好。当然,律师事务所担任破产管理人,需要建立专业化的工作团队,其中首当其冲要懂得实体法知识如物权法、合同法、公司企业法、金融法、知识产权法、劳动法和社会保障法等,程序法知识如破产法、民事诉讼法、仲裁法以及其他诉讼法知识。当然,律师事

务所还应当具备会计、审计专业人才、资产评估、拍卖专业人才、税务专业以及管理专业人才,^[9]如不具备则须聘请相关人员。

最后,在破产管理这项新的业务面前,律师界积极应对,做好了充分准备。根据中华全国律师协会的统一安排,由经济专业委员会和民事专业委员会起草,第六届中华全国律师协会常务理事会议通过了《律师担任破产管理人业务指引》,就律师事务所、律师组建管理人团队,分阶段将破产清算申请受理后、裁定重整后、裁定和解后、宣告破产后的管理人职责做出了详尽的指引,对于律师事务所从事破产管理工作有很大的参照价值。

在法院指定管理人时,部分案件采取律师事务所担任管理人的同时随机选择一家会计事务所;同样,指定会计师事务所为管理人时要选定一家律师事务所与其配合,避免出现管理人受贿的问题。这种做法有双方相互配合取其所长和相互监督的好处,但实施起来有一定的难度。如果从管理人名册中选配套的专业机构,基于我国律师事务所和会计师事务所数量分布地区差异悬殊的现实,有一些地区根本无法实施,同时带来的问题是没有进入管理人名册的机构既不能担任管理人,也不能从事破产程序中的专业性事务。今后如果要编制第二批管理人名册或者是对管理人名册进行调整时,这些机构由于没有破产管理工作经验,将无法进入管理人名册。因此,是否同时选择一家律师事务所和会计师事务所做管理人,法院可根据本地该类中介机构的数量和专业水准来自由裁量,将其作为制度并不可行。笔者认为,在律师事务所担任管理人时,律师事务所可根据需要聘用必要的机构或者工作人员从事会计、审计、拍卖等工作,但是在聘用的过程中法院可以积极地监督和干预,可采取律师事务所提出聘用人选报法院批准的方式。

三、结语

作为《企业破产法》一大创新和亮点的管理人制度为律师事务所拓展业务提供了广阔的天地,在这项机遇和挑战并存且充满竞争的业务面前,律师事务所以其特有的法律专长和团队精神,具有较会计师事务所、清算事务所、清算组和个人所不具备的优势,应在破产管理工作中发挥主导作用。由此,律师事务所应扬长避短,正确预测执业过程中的法律、经济和道德风险,成为破产管理人的领头羊。

[注释]

《企业破产法》第一百一十三条:“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后,依照下列顺序清偿:(一)破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金;(二)破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款;(三)普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的,按照比例分配。”

《中华人民共和国税收征收管理法》第五十二条因税务机关的责任,致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的,税务机关在三年内可以要求纳税人、扣缴义务人补缴税款,但是不得加收滞纳金。

因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误,未缴或者少缴税款的,税务机关在三年内可以追征税款、滞纳金;有特殊情况的,追征期可以延长到五年。

对偷税、抗税、骗税的,税务机关追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金或者所骗取的税款,不受前款规定期限的限制。

《国家税务总局关于欠税追缴期限有关问题的批复》……税收征管法第 52 条有关追征期限的规定,是指因税务机关或纳税人的责任造成未缴或少缴税款在一定期限内未发现的,超过此期限不再追征。纳税人已申报或税务机关已查处的欠缴税款,税务机关不受该条追征期规定的限制,应当依法无限期追缴税款。

最高人民法院《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条:“下列债权不属于破产债权:(一)行政、司法机关对破产企业的罚款、罚金以及其他有关费用;(二)人民法院受理破产案件后债务人未支付应付款项的滞纳金,包括债务人未执行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金;……。”

《中华人民共和国破产法》第四十二条第(四)款:“人民法院受理破产申请后,为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务,属于共益债务。”

[参考文献]

- [1] 奚晓明. 人民法院审理破产案件亟需研究 6 大新问题 [EB/OL]. http://www.legaldaily.com.cn/bm/2008-06/01/content_869713.htm, 2008-06-01.
- [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] 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.
- [4] 王婧. 律师事务所 会计师事务所 清算事务所 - 谁更适合做破产管理人? [EB/OL]. http://www.legaldaily.com.cn/bm/2007-07/08/content_655590.htm, 2007-07-08.
- [5] 广西壮族自治区高级人民法院关于企业破产案件社会中介机构管理人名册(第一批)的公告 [N]. 广西日报, 2008-03-18(4).
- [6] 重庆市企业破产案件社会中介机构管理人名册(第一批) [EB/OL]. <http://www.cqcourt.gov.cn/Information/InformationDisplay.asp?rootid=&NewsD=37430>, 2007-08-21.
- [7] 陕西省注册会计师协会. 入编企业破产案件社会中介机构管理人名册 [EB/OL] http://www.shaanxicpa.org.cn/per_view.asp?id=823, 2007-11-09.
- [8] 王涛. 全国执业律师已逾 15 万 [EB/OL]. http://www.takungpao.com/chinese/news/news_view.asp?id=1310&type=8&thetype=1. 2009-08-14.
- [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: 16-19.
- [10] 王长勇. 公司解散与清算的法理基础和制度价值 [J]. 重庆交通大学学报(社科版), 2008(6).

(责任编辑:杨 睿)

Comparative Advantage Analysis of Law Firms as the Bankruptcy Administrator

ZHAO Yu-yi

(Management School, Guilin University of Technology, Guangxi Guilin 541004, China)

Abstract: Current bankruptcy law and judicial interpretation of China have a detailed provision on bankruptcy administrator. Law firms, accountant's firm, clearing firms, the bankruptcy liquidation group and the individual having the professional qualifications can act as a bankruptcy administrator. The number of these institutions and individual far exceeds the number of enterprise bankruptcy cases. This inevitably leads to competition among the various subjects in bankruptcy administration affairs. Bankruptcy administration affairs have been dominated by legal affairs. Law firms have such unique comparative advantages of large number, highly specialized, standardized development and well-prepared. And thus law firms should become the leader as the very bankruptcy administrator.

Keywords: law firms; bankruptcy administrator; comparative advantage; enterprise bankruptcy law