

[优秀论文]：新破产法体系下的政府职能----兼谈律师在企业破产中的作用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文 [https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_5B\\_E4\\_BC\\_98\\_E7\\_A7\\_80\\_E8\\_AE\\_BA\\_c122\\_484998.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__5B_E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_c122_484998.htm) 摘要：本文在新的《企业破产法》颁布后，将新破产法和旧破产法中政府所起的作用和职能从破产的程序、清算组的组成、职工的安置等几个方面进行对比分析，从而对新破产法实施后政府应该做些什么、怎么做，以及如何发挥律师在新破产法体系中的重要作用进行了简要的分析。关键词：企业破产 政府职能 律师

破产就是还不起债，企业破产就是企业还不起债，还不起债怎么办，也就出现了现代意义的《破产法》，国外的破产法有两个方面，一方面是企业的破产，另一方面是个人的破产，在我国无论新旧破产法都只是针对企业的破产，所以我国的破产法名称为《企业破产法》。我国从1986年实施《企业破产法（试行）》（即“旧破产法”），在20年后的2006年8月正式颁布《企业破产法》（即“新破产法”），这20年是我国经济从计划经济为主向市场经济过渡的时期，也是我国调整产业结构和经济结构的时期，国有企业逐步退出竞争性行业，股份制经济和民营经济大力发展的时期。因此政府的相关职能在这样的时期也发生了急剧的变化，特别是新破产法颁布后，在新破产法的体系中政府的作用开始淡化、职能开始变化，试作简要分析。

一、旧破产法体系下政府的职能

在旧破产法体系下实际上存在两种不同的破产的方式。旧破产法由于是在1986年制定的，当时的非公经济在国民经济中只有极小的比重，其适用范围仅限于全民所有制企业，但过后几年，非全民所有制企业的破产问题开始出现，而其引

发的矛盾比全民所有制企业更为突出，于是在1991年修订《民事诉讼法》时，增加了第十九章“企业法人破产还债程序”，对非国有的企业法人的破产问题作出规定，把所有的法人企业都纳入到了破产法的调整范围之内。之后，国务院又在1994年和1997年分别出台了两个关于国有企业试行破产的通知，也就是通称的59号文和10号文，对试点城市中的国有企业的破产问题作出了特殊的规定。这两部法律、国务院的通知以及相关部门的一些规章，再加上司法解释，就构成旧破产法的体系。因此在旧破产法的实施过程中，一部分针对非国有企业的破产案件，是严格按照民事诉讼法中的破产程序并参照破产法进行的，这部分破产案件通常被称为“依法破产的案件”。另一部分针对国有企业的破产案件，是按照国务院有关国有企业试行破产的两个通知进行的，这两个通知之下形成的是和破产法规定制度中有较大区别的“政策性破产案件”。所以，在旧破产法体系之下，形成了依法破产和国有企业的政策性破产两套不同的实施制度。在实际的司法实践中实际上形成了三种不同的破产方式：一是纳入国家破产计划的政策性破产，二是由纳入各个省市破产计划的政策性破产，三是非国有企业的依法破产。在目前，企业破产绝大多数仍为前两类政策性破产，而个别非国有企业的破产也是在政府的主导下进行的。因此在旧破产法体系下，政府的主导职能主要表现在以下三个方面：1、关于破产申请的审批 根据旧破产法第8条：“债务人经其上级主管部门同意后，可以申请宣告破产”的规定，国有企业的破产必须经其上级主管部门同意，出具审批文件。因此政府相关主管部门的审批成为企业能否进入破产程序的第一道关口，因此政策

性破产实际上是政府说了算，是否破产由政府决定。由于非国有企业大部分都没有主管部门，因此在对非国有企业的破产受理问题上各级法院有不同的态度，大部分机械的强调政府的审批程序，因此导致非国有企业的破产寥寥无几。

2、关于破产清算组的组建和运作 根据旧破产法第24条第2款：“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”的规定，国有企业的破产清算组由政府公务人员组成，虽然规定由法院指定，但实际上是由破产企业的上级主管部门的人员为核心，抽调劳动、工商、税务、房管、审计等各部门人员开展工作，并实际成为政府领导下的一个临时工作机构，甚至成为相关部门和人员工作考核的重要内容，清算工作成为了政府工作的一部分。

3、关于破产企业职工的安置 根据旧破产法第4条：“国家通过保种途径妥善安排破产企业职工重新就业，并保障他们重新就业前的基本生活需要”的规定。政府必须承担国有企业破产职工的安置，而国有企业的破产无论是国家计划还是省市级计划，均是按国务院59号文件的规定从财政列支费用对职工按上一年平均工资收入的3倍计发一次性安置费用，并对离退休职工按每人平均10年计提余命医疗费（该提法出现于政府文件，通俗但缺乏人性化），该项费用数额巨大均由政府买单。因此，在旧的破产法体系下，各级政府对企业的破产从审批到操作直至结束是一竿子到底式的包办。

二、旧破产法体系下政府职能过度的弊端 在旧破产法体系下，由于国有企业的特殊性，政府对自身职能的认识上的误差，各级法院执行破产法的尺度不一，导致政府的主导职能发挥到了极致，以至于形成如下的弊端：1、政府人力资源的大量浪费 在

旧破产法下，破产清算组由政府各部门人员组成，清算组的工作也成为政府的工作之一，清算组的办公经费，以及清算组的人头经费均由政府财政列支。并且针对不同的企业，清算组的人员产生不同的组成方式，每个人员可能只接触一次清算事务，但却需要从头的熟悉、学习。

2、政府财力的大量付出 由于职工的安置由政府负责，纳入国家计划的职工安置费用部分由国务院统筹安置，但无法纳入国家计划的国企破产安置费用以及国家统筹不足部分仍由地方政府支付。同时，虽然安置费用可用资产变现的款项支付，但政府需要先行垫付，因此职工的安置费用成为政府的巨大财政负担。

3、破产中矛盾过度集中针对政府 就算政府集中人力财力，推进国企的有序破产，但越是这样越是将政府推向了破产中矛盾的风口浪尖。由于是政府主导，因此在破产中所涉及的如企业职工的安置矛盾、债权人及金融债债权人的分配矛盾、破产财产的处理的矛盾均应由政府解决，一旦有些许的偏差，就会导致各方人员对政府产生不信任。在各地因破产职工的安置引发职工的上访、静坐、闹事、扎马路等也不鲜见。

4、对破产法律的司法制度的冲击 由于政府的强势介入，导致破产案件的审理法院成为了政府安排下的“走程序”，将本应该由法院主导的审理越俎代庖，甚至形成对破产审理法院的干扰，无法严格按司法程序处理相关债权债务。同时由于过分强调对国有资产的保护，相对其他债权人的合法的债权产生不公平的作用。

5、容易引发相当的职务犯罪 由于政府相关人员对破产的程序了解不够，相关政策和法规的规定不尽完备，对清算组人员没有制度上的监督，法院管不了，债权人会议也管不了。因此部分政府人员，特别是在清算

工作中掌握有一定权力的人员，容易在资产处理过程中诱发行贿、受贿的犯罪以及渎职犯罪。

### 三、新破产法中的政府职能的体现和变化

由于存在的上述弊端，同时随着我国经济性质结构的合理调整，在新破产法中对政府的职能作出了全新的规定：

- 1、这是统一的破产法 在新的破产法中，虽然在133条中规定：“在本法施行前国务院规定的期和范围内的国有企业实施破产的特殊事宜，按照国务院有关规定办理”，但这只是对最后一批纳入国家计划的国有企业破产的一个例外，而且这个例外随着2007年6月1日的到来再也不会再产生。在新的破产法中，无论是国企还是民企，都是适用同样的《企业破产法》的规定及相关的配套规定，政府职能的体现无论是对国有企业还是非国有企业都是一视同仁。
- 2、破产程序的审批取消 新破产法取消了对破产企业申请前的由上级主管部门审批同意的程序，取消了由破产直接规定的政府审批手续。减少了企业开始破产程序的环节，同时也减轻了政府的负担。
- 3、破产管理人的新设 根据新破产法第13条：“人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。”及第24条：“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。”的规定，在新破产法中，新设了破产管理人制度，取代了旧破产法中的清算组。虽然仍然保留了旧破产法中清算组的提法，但新的清算组与旧的清算组有了很大的区别，清算组只作为管理人的一种，主要存在于重大的破产事务中，更多的企业的破产管理人工作，破产管理人工作的更大的部分将交由专业的人员和机构来承担和处理。
- 4、职工安置的特殊处理 在新破产法中，首先，在第8

条中规定向法院申请破产时就应提交“职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况”。其次，在第113条中规定破产财产的第一清偿顺序即是“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”。最后，在第132条中还规定如果上述各项费用是在新破产法公布之日前所欠并且按113条的规定清偿后仍不足的可以优先于享有担保权的银行别除权受偿。这样的规定，一是解决了国有企业的遗留问题，二是统一了破产的清偿尺度，三是减轻了政府的财政负担。

#### 四、新破产法中的政府职能的体现和变化

由于新破产法的上述规定的变化，随着社会经济的发展，破产中所涉及的各方的职能也发生了相当的变化：

- 1、新破产法下政府观念和职能的转变

在新破产法体系中，无论国有企业还是民营企业，政府应该用同样的眼光进行关注，政府的作用是给予不同性质的经济主体同样的政策法制环境，同样的生（设立）和死（破产及注销）的空间，在宪法修改为保护公民的合法的私有财产时，在各地扶持和保护民营企业的政策下，各级政府要树立手心手背都是肉的观念，强化服务意识和职能。

一方面，政府可以考虑象原来国有企业改制（含破产）中国有企业所享受的优惠政策，比如企业名称的沿用、无形资产的转让、工商登记费用的减免、资产转让过程中税费的减免等，并出台具体的政策，让更多的企业通过破产的渠道依法注销，减少历史沉淀的呆账死帐，促进资产的合法流通。

另一方面，政府应加大对再就业工程的建设，让更多破产企业的职工能尽快重新开始新的工作，减少社会的不稳定因

素。同时政府应完善和强化社会福利和社会保障制度，保障职工能享受城市居民最低生活待遇。

## 2、新破产法下司法观念和职能的转变

新破产法对破产程序的要求和规定更加完备，随着政府职能的淡化，法院在企业破产中处于主导者的地位，从破产受理的独立听证和裁判，到受理后对管理人的指定、付酬和监督，再到对重整、和解及破产的审查裁定，法院主导了整个破产行为依法合规的进行，这对法院的司法独立是绝对的尊重，但也对法官的职业操守和业务能力提出了新的挑战。从2006年底深圳特区中级法院破产庭的系列受贿窝案表明，在新的破产法体系中，更需要强化法院队伍的政治素质建设，更需要强化法院业务操作中的制度化建设。

## 3、新破产法下中介机构（包括律师事务所）的作用的转变

中介机构的作用在新破产法中的第24条：“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。”的规定集中得到体现，在新破产法中，新设了破产管理人制度，取代了旧破产法中的清算组。中介机构从旧法中的清算组聘用的专业人员直接成为了破产管理人，成为破产事务中的直接参与主体，并且具体执行破产清算中的各项事务，这给予了中介机构的足够的施展才能的空间。作为中介机构中最重要的律师事务所，其实在我国改革开放的前沿广东省的破产案件中，通过《广东省公司破产条例》的地方性法规的规定，律师事务所和律师作为专业的清算人员，在大部分破产案件中就负责了清算组的全面工作及法律事务。相信随着新破产法在2007年6月1日的实施，律师在企业破产中会成为替代政府的主角。

## 五、新破产法体系下律师的作用

### 1、在破

产申请中的作用 由于在破产的申请程序中，将过去的政府审批转化为法院的立案审查，无论是对于债权人申请破产，还是对于债务人申请破产，申请的文件准备、以及对申请是否会得到法院的认可，都应由专业人员进行判断和准备。这就好比在重大疑难的诉讼中，应该由专业律师来准备诉讼资料 and 判断是同样的道理。

2、破产管理人的担任 在新破产法中，对破产管理人的职责规定了以下九项：一是接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；二是调查债务人财产状况，制作财产状况报告；三是决定债务人的内部管理事务；四是决定债务人的日常开支和其他必要开支；五是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；六是管理和处分债务人的财产；七是代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；八是提议召开债权人会议；九是人民法院认为管理人应当履行的其他职责。从这九项职责来看，能够全面履行这些的应非专业的律师及律师机构。因此律师是破产管理人的最合适的人选。

3、资产处置中的作用 在破产资产的处置中，涉及对各类资产性质的界定，对各类合同的履行和解除，对企业的债权的回收和债务的认定，这些工作的最重要的方面就是依法进行，这就需要专业的法律知识和专门的技巧。从全国律师所从事的诉讼和非诉讼业务的类别来看，律师主导资产的处置工作应该是驾轻就熟。

4、职工安置中的作用 职工安置的难点是对政策和法律的准确掌握和针对不同职工个体的灵活运用，在目前社会保障体系还没有完全形成的前提下，职工安置中所面的情况可谓千差万别，但在执业律师眼里，这也不过就是劳动争议案件，是律师业务的一个方面。在各地律师历年所办理的劳动案件

中，没有一件发展为群体的案件，都得到了当事人各方的好评，这也表现出了律师的扎实的法学水平和高超的办案技巧。因此，在职工安置中所涉及的安置政策、规定的解答，办理的程序合法合规，律师也会发挥重要的作用。

5、相关责任的承担 律师在破产中的作用的发挥，严格说来取决于律师的管理体制。律师事务所不同于其他公司企业，它是在司法局的领导和管理下的中介服务队伍，是在各地律师协会及律师协会党委领导和管理下的法律服务专业机构，律师的取得从1986年开始就必须经过严格的司法考试，并且有规范的执业纪律和职业道德，以及与之相应的严厉的惩戒措施，并且开展了律师个人及团体的执业保险，从而为律师和律师事务所的规范执业奠定了坚实的基础。在政府在破产中的职能逐步减弱的过程，律师应该当仁不让地担当重任，并为此做好充分的准备。

六、结语 在新破产法体系下政府将失去主导地位 and 职能，政府的参与应下放成为中介机构的社会服务。由政府主导的破产将转化为政府领导、司法主导、债权人监督、中介机构运作的模式。政府应适应这样的转变，并调整自身的职能。律师要迎接新的机遇，并为之奋斗。

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](http://www.100test.com)