

第九章国有企业改制中的司法对策(二) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E7\\_AC\\_AC](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AC_AC)

[\\_E4\\_B9\\_9D\\_E7\\_AB\\_A0\\_E5\\_c122\\_483563.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AC_AC_E4_B9_9D_E7_AB_A0_E5_c122_483563.htm) 第二节 国有企业改制纠纷中诉讼主体的认定（五）国有企业兼并中的纠纷诉讼主体的确定国有企业兼并是指两个或者两个以上的国有企业，或者国有企业与其他性质的企业合并为一个企业。兼并方式包括吸收合并、新设合并以及控股子公司三种。我国《公司法》规定了吸收合并、新设合并这两种形式，进行实务操作时可以参照以上条文和规定。关于控股子公司，我国没有相应的法律规定。按照《公司法》的规定，企业兼并时，被兼并企业应当在法定期间内书面通知债权人，无法通知的，应当依法进行公告。债权人在法定期间内主张债权的，被兼并的国有企业能够立即结清的，应当即时结清；不能即时结清的，被兼并国有企业应当对债务提供相应的担保。（1）吸收合并中被兼并国有企业的债权债务纠纷诉讼主体的确定吸收合并是指吸收方与被吸收方合并为一个企业或公司，而被吸收方丧失独立的法人资格并被注销，成为吸收方的一部分的兼并方式。在吸收合并中，如果国有企业在被兼并之前与第三人发生债权债务关系，在企业（公司）吸收合并时该债权债务关系尚未消灭的，应当由谁来继续行使债权或者承担债务？从吸收合并的定义来看，吸收合并的结果是被吸收合并的企业丧失民事法律主体资格，成为吸收合并方财产的一部分。这样的话，不能由一个并不存在的企业承担债务、行使债权。在这种情况下，正如前面几个问题所遇到的情形一样，应当由继承或者取代了被吸收合并的国有企业地位

的企业（公司）享有原企业的债权、承担原企业的债务。因此在该类诉讼中，如果是就被吸收合并的国有企业的债务承担发生纠纷，则原国有企业的债权人应当以吸收合并了该国有企业的公司或企业作为诉讼被告；如果诉讼是涉及原国有企业的债权行使问题，则应当以吸收合并了原国有企业的公司或企业作为诉讼原告，以原国有企业的债务人作为被告。

（2）新设合并中被合并企业各方原有债权和遗留债务纠纷诉讼主体的确定新设合并即被合并的企业或公司都丧失独立的法人资格，而成为新设立的公司或企业的一部分的兼并方式。在新设合并中，两个或两个以上的被合并方（其中至少有一方为国有企业）都丧失独立的法人资格。在被合并前，该国有企业如果与第三人发生债权债务关系，而在新设合并时该国有企业与第三人之间的债权债务关系尚未终止的，在新设合并后如果发生纠纷，则与上一问题一样存在如何确定诉讼原告与被告的疑惑。作为债权人或者债务人的国有企业与其他企业发生合并，双方或者多方均丧失法人资格，而将原企业资产投入新的公司或企业，成为新的法人实体。此处同样应当适用上文多次提及的规则：作为债权人或债务人的企业或公司，如果丧失法人资格并被企业、公司登记管理部门注销登记的，继受其地位的公司或企业应当承担其遗留的债务和行使其遗留的债权。因此，被以新设合并的方式注销法人资格的国有企业，其所遗留的债权债务，应当由通过新设合并方式新设立的公司或企业承担债务，行使债权。在该类诉讼中，原国有企业的债权人应当将通过新设合并方式新设立的公司或企业作为诉讼被告；在涉及原国有企业的债权纠纷中，应当由新设合并设立的公司或企业作为诉讼原告，以

原国有企业的债务人作为被告，向法院提起民事诉讼。（3）控股子公司遗留债务纠纷诉讼主体的确定与以上两个问题正相反的是：如果股份公司通过控股的方式兼并其他公司，使其他公司成为它的子公司的，该子公司被控股之前与第三人所发生的债权债务关系，其债权人和债务人地位在其被控股后，应当由谁来继受呢？这里应当区分两种情况：第一，如果该国有企业或公司被其他公司控股后，成为后者的控股子公司，则其法人资格并不消灭，它仍然可以作为一个独立法人进行民事法律行为，只是其决策权控制在其控股股东手中而已。即只是企业控制权发生了变更，企业本身并未发生人格（民事权利能力）的变化。根据我们以上所论述的法学原理可以得知，该企业既然实际上仍然独立存在，并没有丧失人格，则该企业在被控股之前与第三人发生的债权债务关系，自然仍由该企业作为该法律关系的主体加以解决进行债务承担或债权行使。故在这种情况下，作为纠纷诉讼法律主体（债权诉讼请求时为原告，债务诉讼请求时为被告，而其债务人和债权人分别相应为诉讼的被告和原告）的只能是该国有企业本身，而不是其控股公司。第二，如果该国有企业或公司被其他公司控股后，成为该公司的全资子公司，如果该控股公司决定、或者由于控股公司的其他行为导致该全资子公司丧失独立法人资格，并将其全部资产纳入控股公司中的，原国有企业因为人格的消灭，无法承担遗留债务的清偿责任，也无法行使其债权。其被控股和注销法人登记之前所遗留的债权债务，应当由其地位的继受者原控股公司负责清偿债务，行使债权。此时，作为债权人地位继受者的控股公司在诉讼中为原告，被告为原国有企业的债务人；而作为债务

人地位继受者的控股公司在诉讼中为被告，原告则是原国有企业的债权人。（4）国有企业被兼并后没有及时办理工商注销登记，其遗留债权债务纠纷诉讼主体的确定国有企业被兼并后，无论是采取吸收合并还是新设合并的方式，都导致其法人资格的消灭，人格的丧失。在工商行政管理的程序上，按照我国企业登记注册条例的有关规定，此时应当将该国有企业的登记注册加以注销，以表明该企业作为民事交易主体已经不复存在。如果没有及时办理企业法人注销手续，则会出现实体法与程序法的冲突，或者事实与法律（企业依法登记的公示力）的不一致。对于该国有企业被兼并前所遗留的债权债务纠纷，民事诉讼上会发生诉讼主体如何确定的难题。对于这一难题，习惯上的做法是：对于以吸收合并方式被兼并的国有企业，在其被兼并前遗留债务的债权人提起诉讼的，法院一般将被兼并企业和兼并公司（企业）一同列为共同被告；在诉讼中法院可以直接判令兼并公司（企业）承担清偿责任，而无须判决由被兼并企业承担民事责任或者与兼并公司（企业）承担连带责任；而对于被兼并的国有企业的债权纠纷，法院则可以将被兼并企业和兼并公司（企业）一起列为共同原告，可以直接判决作为被告的债务人向兼并公司（企业）履行债务。对于以新设合并的方式被兼并的国有企业，亦如法炮制。在债权人起诉的案件中，法院可以将原债务人：被兼并的国有企业与新设公司（企业）列为共同被告，直接判令新设公司（企业）向债权人承担债务清偿责任；在新设公司（企业）作为债权人起诉的案件中，法院可以将被兼并的国有企业与兼并公司（企业）列为共同原告，然后判决债务人向兼并公司直接承担民事责任。以上这种做法

，虽然具有直接性和简便性，但是与法理不合，与民事诉讼法律的规定也相悖。按照意思自治原则，民事诉讼应当尊重诉讼当事人的意志，法院不能擅自代替原告或被告确定对方诉讼当事人，法院也不能擅自变更或者无视公司企业登记法律法规的规定和效力。而民事诉讼法第108条关于起诉条件的规定，也不允许法院任意变更诉讼当事人。因此，从尊重和维护工商企业登记的公示力和公信力原则的角度出发，同时在尊重当事人的选择的情况下，法院不应当代替当事人将兼并公司（企业）和被兼并的国有企业列为共同被告，尤其不应将兼并公司（企业）和被兼并的国有企业列为共同原告。同时法院也不应当将被兼并企业或兼并公司（企业）列为第三人。比较好的解决之道是，按照《最高人民法院关于适用民事诉讼法若干问题的意见》第57、58条的规定处理，即法院应当首先通知该自然人或法人参加诉讼，或者由当事人向法院申请追加必须进行共同诉讼的当事人；法院追加共同诉讼的当事人的，应当通知其他当事人。应当追加的原告已经明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的。仍应追加为原告。（5）国有资产管理人故意隐瞒或者遗漏被兼并的国有企业债务纠纷诉讼主体的确定国有企业被吸收合并的，一般需要经过国有资产管理人员的允许或同意，并经过国有资产评估。如果国有资产管理人故意隐瞒或者遗漏国有企业的债务，将会使并购方受到意外的经济损失，因为此时兼并公司（企业）必须承担被兼并企业遗留的债务，而此债务本应当在企业购并时表现于资产评估报告，并影响兼并公司（企业）对该企业的购并出价。国有资产管理人因故意隐瞒或者遗漏该国有企业的债务，所

获得的国有资产的变现中超过企业净资产价值的部分，则构成不当得利，应当返还给吸收合并的购并公司（企业）。不当得利返还给兼并公司（企业）后，该公司（企业）应当对该国有企业被兼并前所遗留的债务负清偿责任；如果国有资产管理人拒绝返还不当得利的，由其故意隐瞒或者遗漏的原国有企业的债务，应当由该国有资产管理人以该企业资产变现所得价款为限负责清偿。另外，兼并公司（企业）还可以欺诈为由请求法院撤销该兼并行为（其性质为法律行为），这样兼并视为从未发生，兼并公司（企业）自然无须为被兼并企业承担债务清偿责任。因此，被兼并国有企业的债权人应当分别情况，以不同的对象作为诉讼主体即被告。（六）国有企业托管经营债务纠纷诉讼主体的确定企业托管经营是指企业资产管理人或者出资人为实现一定的经济目的，将所属企业委托给有经营管理能力的其他企业，由其在一定期间内，代为经营管理的行为。因此，企业托管经营可以是指国有企业的资产管理人或出资人与其他企业之间的委托合同；也可以是指受托企业对该国有企业的经营管理行为。企业托管的模式主要有政府托管、银行托管以及机构托管三种。这里所说的托管主要是具有一定实力、善于经营管理的优势企业、投资公司、资产管理公司、托管公司等中介机构。我国在经济改革中，逐渐推广这种做法，并进行了积极探索，形成了江西模式、黑龙江模式、海南模式、广发源模式、“鞍钢一工”模式以及“中现”模式等。（1）国有企业托管经营期间托管人因此所负债务纠纷诉讼主体的确定国有企业在托管经营期间，托管人为了对该企业进行经营管理，与第三人发生债权债务关系的，其诉讼主体应当如何认定呢？根据委

托合同的性质和效力，委托方负有预付费用的义务和必要费用返还义务。委托人委托受托人处理事务，应当预付所需的必要费用（《德国民法典》第669条、《法国民法典》第1999条、《日本民法典》第649条以及我国合同法第398条前段）。受托人请求委托人预付的，委托人不能以受托人尚未处理委托事务为由而拒绝给付。同时，受托人不能以委托人未预付费用为由拒绝处理委托事务，因为委托人预付费用与受托人处理委托事务并非合同双务关系，没有对待给付的关系，任何一方不得以对方未履行费用预付义务或事务处理义务为履行抗辩权。但是，预付的费用为处理事务所必须的，受托人在接到预付费用之前暂不处理委托事务，系出于正当理由，不承担债务不履行或者迟延责任。另外，并非所有的委托人都具有预付费用的义务。双方另有约定或者根据委托事务的性质无须费用预付的，委托人自然无此义务。有预付费用的必要的，受托人除自愿垫付费用并在事后请求委托人返还的，应当立即通知委托人为预付。委托人拒绝预付费用的，受托人可以解除合同。预付费用以必要为限，应当按照客观标准来确定实际所需的费用数额。需要交付金钱之外的其他物的，受托人有权请求交付。委托人请求预付费用的返还，或者对预付费用有争议的，由委托人证明已经给付；受托人为处理委托事务而支出的必要费用应当由委托人返还，并包括相应（自受托人支出之日起）的利息。如我国合同法第398条后段规定：“受托人为处理委托事务所垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用及其利息。”其他如《德国民法典》第670条、《法国民法典》第1999、2001条、《瑞士债务法》第402条第1项以及《日本民法典》第650条都有相同规定。这

项义务所指的费用，包括为处理事务而支出的金钱，或为物的维持利用或改良而消费的其他物。物的使用与供与，一般应由委托人承担者，也有费用返还义务的发生。费用无论是因处理委托事务而直接地发生的，还是因此而间接地发生的，如为了处理委托事务而进行准备或者作为处理结果所支出的费用，都应当由委托人返还。因正当处理委托事务而发生的一切消费，如乘坐出租车的费用、租住旅馆的费用等，都应当作为费用加以返还；按照情形受托人认为必要和有用的费用支出，虽然最后客观上未达到期望的结果，仍可以请求返还。因此，对于本应由委托人支付的预付费用以及进行生产经营所需的必要费用，如果委托人没有进行预付，受托人不得不与第三人发生债权债务关系；必要费用也可能因受托人经费紧张而不得不举债。对于委托人、受托人以及作为债权人的第三人之间的关系，我国合同法第403条规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。”由此在委托人和第三人之间建立了直接的法律关系

。但是显然，这些直接联系是有条件的。在一般情况下，第三人（债权人）与托管人（受托人）之间具有直接的法律关系，在发生（因托管经营管理而产生的）债权债务纠纷时，第三人应当以托管人为债务履行的请求对象，而不应当直接向委托人请求清偿债务，除非符合合同法第403条的规定。即使委托人与受托人之间存在特殊约定（如双方约定托管人为处理托管经营事务而与第三人发生的债权债务关系应当由被托管企业承担），由于该约定属于合同双方的内部约定，因此不能对抗善意第三人。故在该类纠纷中，诉讼主体除了第三人作为债权人之外，还应当以受托人即经营管理托管人为诉讼被告。当然，托管人也可能因托管经营而成为第三人的（直接）债权人。此时，诉讼主体仍然为托管人和第三人。只是双方的地位与上述情况正好相反：托管人作为原告，第三人成为被告。（2）委托人与托管人恶意串通损害债权人利益的诉讼主体的确定在国有企业托管经营过程中，如果委托人与托管经营人恶意串通，通过各种手段损害国家或者债权人的利益的，如故意隐藏、转移企业资产以逃避企业的债务、或者制造虚假亏损现象，而私分国家财产，如果债权人提起民事诉讼，要求被托管企业清偿债务的，法院可以通过认定上述恶意串通的事实而宣布该托管合同无效。由于托管人和委托人以恶意串通的非法手段故意损害债权人的债权，已经构成了侵犯债权的侵权行为，因此对于具有共同侵害债权故意的双方当事人，债权人有权要求他们承担连带责任。这样，债权人既可以将委托人作为民事诉讼的被告，也可以将托管人作为被告，还可以将委托人和托管人作为共同被告。

（3）托管人违法经营或者抽逃资金所引起的纠纷诉讼主体的

确定托管企业在托管经营期间，托管人违法经营，损害被托管的国有企业合法权益，或者托管企业抽逃资金，违反合同约定处分被托管企业的财产，致使被托管企业丧失清偿债务的能力的，托管企业应当承担损害赔偿责任。托管合同本质上是委托合同，作为受托人的托管人，在处理受托事务上负有善良管理人的注意义务，应当为实现委托人的最大利益而行为，应对被托管的国有企业进行有效、有益的经营管理。由于受托人的过失导致委托人受到损失的，受托人即应承担损害赔偿责任。如果托管人故意违法经营、抽逃资金、越权处分被托管企业的财产的，作为受托人的托管人理所应当承担其合同债务不履行责任。（七）国有企业承包、租赁债务纠纷诉讼主体的确定国有企业承包、租赁是指在不改变国有企业的性质和法人资格的前提下，发包人或出租人将企业经营权有期限地交由承包人或承租人经营管理，由其交纳承包费和租金，并完成一定经营指标的经营方式。（1）承包人或承租人擅自转包、转租纠纷诉讼主体的确定承包合同，性质上属于一种独立合同，是我国在经济体制改革中创造的一种新的合同类型。但是我国的新合同法对这类合同未做规范。因此承包合同属于无名合同。依照有关法律、法规的规定、学者的民法学理论或者法学原理，一般认为，承包人未经发包人许可，擅自将国有企业转承包给第三人的，承包人与第三人之间的承包合同无效。因承包人擅自转承包而造成发包人或者承包企业的损害的，承包人应当承担损害赔偿责任；次承包人明知承包人的身份或者明知承包人无权转包而与之缔结承包合同的，对于发包人或者承包企业的损失，应与承包人一起承担连带责任。次承包人为善意的，无须承担法律

责任，但对于因此受到的损害，有权要求承包人承担损害赔偿赔偿责任。对于转租，各国的规定宽严有别。有采取自由主义的，如法国民法典第1717条的规定：“承租人有转租或以租赁权让与他人的权利，但租赁契约有禁止的约定者，不在此限。”“前项权利得为全部或一部禁止的约定。”“此等约定在任何情况下均有绝对的拘束力。”法国的司法实践对承租人的转租权进一步扩大，认为即使双方约定了禁止转租的条款，如果出租人没有正当理由而拒绝或禁止承租人转租的，构成权利的滥用。《奥地利民法典》与法国的态度相同。该法规定，在转租对租赁物的所有人无害或租赁合同没有明确的约定加以禁止的，承租人都有权转租。《瑞士债务法》则规定，使用租赁的承租人，如果转租不对出租人产生不利利益的变更，有权将租赁物转租于第三人；但对用益租赁，除非得到出租人的同意，否则不得转租于第三人；也有国家采取限制主义，如《德国民法典》第549条第1项前段规定：“承租人非经出租人允许，不得将租赁物转让与第三人使用，特别是不得将该物转租于他人。……”《日本民法典》则明确否认转租和租赁权让与的自由性。该法第612条第1项规定：“承租人非有出租人的承诺，不得将其权利转让，或将租赁物转租。”我国台湾地区民法典第443条第1项规定：“承租人非经出租人之承诺，不得将租赁物转租与他人，但租赁物为房屋者，承租人得将其一部转租于他人。”我国合同法第224条规定：“承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。”“承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同

。”可见也是采取限制主义。承租人未得出租人许可而转租的，出租人与承租人之间的合同关系，并不因此而受到影响。不经出租人同意而转租，是严重违约行为，出租人可以在这种情况下解除合同。但是承租人将租赁物转租给第三人，出租人是否一概可以解除合同，就值得探讨。史尚宽先生认为，只有在承租人使得次承租人对于租赁物的全部或部分取得独立的使用收益地位时，才有合同解除权的发生。另外一个问题是，承租人仅将租赁物的部分转租时，出租人解除合同是否及于租赁物的全部或者全部合同解除权？学者认为，如果对于出租人并无不利时，仅发生部分合同解除权。此外转租合同关系终止之后，是否出租人仍然有权解除合同？日本判例认为此时可以解除合同；德国则以承租人不顾出租人的警告而继续转租为合同解除条件；我国台湾则以事后解除合同为权利的滥用。转租人与第三人（次承租人）之间为租赁合同关系。转租人负有交付租赁物并保证次承租人进行使用收益的义务；如果转租人因出租人不同意转租而不能向次承租人交付租赁物的，即使次承租人知道这一事实，转租人仍应承担债务不履行责任；而转租人则可以因此而取得租金请求权，但是转租人不能以未经出租人同意而认为次承租人的租赁权有瑕疵，从而请求排除妨害。出租人与次承租人之间，不存在租赁合同关系。次承租人不得以租赁权对抗出租人。出租人即使没有解除其与转租人之间的租赁合同，也仍然可以根据所有权而提出的排除妨害请求。我国台湾地区以违法转租为解除合同的条件，因而在解除主租赁合同之前，次承租人根据其于转租人缔结的合同而占有租赁物，为适法的占有，对于出租人并不就为违法行为。从而在出租人解除

主租赁合同之前，还不能直接请求次承租人停止对租赁物加以占有使用收益；也不能请求返还租赁物。因此，国有企业承租人没有得到资产管理人的同意而进行转包、转租的，国有资产管理人有权解除租赁合同，或者请求法院宣布承包合同无效；受到经济损失的，有权请求承包人或承租人承担违约损害赔偿责任。但是对于第三人（次承包人或次承租人），国有资产管理人无权要求对方直接对其承担法律责任，除非在转包合同中第三人为恶意。因此即使发生违约转包、转租的情形，国有资产管理人一般也只能向承包人或承租人要求承担法律责任。故笔者认为，作为诉讼主体的原、被告只能是国有资产管理人（原告）和承包人或承租人（被告）；但是次承包人或次承租人可以作为诉讼第三人参加民事诉讼。

（2）承包人或承租人以承包、租赁企业的名义与第三人发生的债务诉讼主体的确定

承包人或承租人以承包、租赁企业的名义与第三人发生的债权债务关系，其请求权和清偿责任应当由承包、租赁企业自行行使和承担。承包人或承租人与承包、租赁企业之间是承包、租赁合同关系。依照该合同，承包人的主要权利是依照合同约定，以善良管理人的注意义务，对国有企业进行承包经营管理，以及按约定收取承包的报酬；而承租人的权利主要是依照约定的方法使用租赁物、要求承租人及时修缮租赁物以及租赁物维持费用的返还请求权。由此可见，无论是依照承包合同还是承租合同，承包人或承租人都不是承包、租赁企业的代理人或受托人。但是，承包人或承租人既然是依照承包合同或租赁合同对国有企业的财产进行占有、使用、收益，则承包人或承租人以承包、租赁企业的名义与第三人发生的债务关系，在法律上应当视

为承包、租赁企业自身与第三人之间的债权债务关系。因此承包人或承租人以承包、租赁企业的名义与第三人发生的债权债务，首先应当由承包、租赁企业行使和承担，然后再按照承包合同或租赁合同的约定，由国有企业承包人或承租人向发包人承担等量价值的返还责任。因此，对于承包、租赁期间以承包、租赁企业的名义发生的债权，应当以承包、租赁企业作为原告；作为债权人的第三人起诉时应当以承包企业或租赁企业为诉讼被告，而不应将承包人或承租人作为被告。

（3）国有企业合伙承包、租赁期间债务诉讼主体的确定

两个以上合伙人（合伙组织）承包、租赁国有企业的，其与第三人发生的债权债务纠纷诉讼主体的确定，应当分别情况，相应处理。如果合伙承包人或承租人是以前述承包、租赁企业的名义与第三人发生债权债务关系，其诉讼主体的确定，依照对上一问题的分析，应当由承包、租赁企业作为诉讼主体参加诉讼，如以债权人的身份作为原告，或以债务人的身份作为被告。如果合伙组织是以自己的名义与第三人发生债权债务关系，即使该债权债务关系的发生是为了承包、租赁企业的利益，或为承包、租赁国有企业而发生该法律关系，作为诉讼主体参加诉讼的只能是合伙组织，而不应当是承包、租赁企业。之所以如此，主要是基于债权债务法律关系的相对性以及保护善意第三人的原则。一般情况下债权债务关系不具有对第三人的效力即对外效力，因此与第三人发生债权债务关系的，只能是法律关系相对人；同时应当是善意第三人所认识到的民事主体，而不应当是其背后的本人、委托人或其他主体。表见代理、善意取得等制度即基于善意原则而产生。在第一种情况下，承包、租赁企业行使债权、履行债务

之后，应当按照约定与合伙组织发生债权债务关系。承包、租赁企业行使了债权的，应当将行使债权所获得的利益或等值的货币或物返还给合伙组织，合伙组织成为前者的债权人；承包、租赁企业履行了债务的，有权依照约定要求合伙组织予以返还，合伙组织成为前者的债务人。由于合伙组织内部关系的特殊性，合伙组织作为债权人的，两个以上合伙人对承包租赁企业享有连带债权；为债务人的，合伙人对承包、租赁企业承担连带债务。此时，合伙人分别为民事诉讼的共同被告或共同原告。承包、租赁协议期间届满，或者被解除后，无论企业是否再行发包或出租，协议期间发生的遗留债务，仍然应当由该国有企业自行承担。企业承担之后，发包人、出租人可以依照承包合同、租赁合同的约定向原承包人或承租人追偿。此时第三人（债权人）应以国有企业为诉讼被告。国有企业没有经过清算程序就办理了工商注销，或者被工商行政管理部门吊销了企业法人营业执照的，债权人就国有企业承包、租赁期间发生的债务提起诉讼的，法院应当将该国有企业清算法人（企业发包人或者被吊销营业执照的企业）列为被告，判令其承担清算责任。如果债权人直接起诉原承包人或承租人，并有证据证明承包、租赁期间的债务由原承包人或原承租人承担的，法院可以将原承包人或原承租人列为被告，判令承担民事责任。（八）非国有企业挂靠国有企业经营纠纷诉讼主体的确定企业经营挂靠是指，被挂靠企业允许他人一定期间内使用自己的名义从事经营活动的行为。挂靠也是我国在特定环境下形成的特有的企业之间的法律关系。一般为了解决经营范围（民事行为能力）问题或者企业资格问题，许多非国有企业挂在国有企业或集

体企业名下，从事生产经营活动。一般双方约定挂靠企业与第三人之间的债权债务关系，与被挂靠企业无关，而由挂靠企业自行承担责任、行使权利。但是由于这属于挂靠企业与被挂靠企业之间的内部约定，不具有对抗善意第三人的效力，因此我国最高人民法院在对《民事诉讼法》进行解释时，明确规定：“个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。”依民法法理，如果被挂靠单位是国有企业的话，同样也应当如此办理。因此，非国有企业挂靠国有企业经营期间，以国有企业的名义与第三人发生的债务关系，第三人知道挂靠企业与国有企业之间的挂靠关系的，挂靠企业由此发生的债务，应当由挂靠企业自行承担清偿责任。这是因为第三人既然明知挂靠关系以及挂靠性质，而仍与挂靠企业发生交易，则对于其后发生的交易风险应当自行承担，而不能委过于被挂靠方。此时第三人只能以挂靠企业为民事诉讼被告。如果非国有企业挂靠经营期间，挂靠企业以被挂靠人（国有企业）的名义对外经营，如果第三人不知情，其与第三人发生的债务，应当由被挂靠企业承担清偿责任。这是因为第三人为善意，不知道挂靠企业与被挂靠企业之间的内部关系和协议，以此内部关系和协议要求善意第三人承担意外的风险，与法律的诚实信用原则不符。因此此时应当将挂靠企业视为被挂靠企业的代理人，或者视为被挂靠企业本身与第三人发生了债务关系。前一种解释或许更为合理，因为毕竟挂靠企业与被挂靠企业不是同一个人。故该债务应当由被挂靠的国有企业承担债务清偿责任。第三人应当以被挂靠的

国有企业为民事诉讼被告。另外，挂靠企业由于不具有一定的资格或能力而挂在国有企业的，如为了解决建筑资质等级、外贸管制、许可证管理制度的限制而进行挂靠，由于上述领域均属于强行性行政法律的管理对象，因此违反该类法律的挂靠合同属于无效合同。在该合同被宣布为无效合同之前挂靠企业与第三人发生的债务，应当由挂靠企业与被挂靠企业承担连带履行义务，除非第三人明知无效挂靠合同关系的存在。第三人应当以挂靠企业和国有企业为民事诉讼的共同被告。挂靠企业与国有企业对第三人承担债务清偿责任后，按照过错的大小确定各自应负的法律 responsibility。挂靠企业以被挂靠企业名义对外发生的债权，被挂靠企业怠于行使到期债权的，挂靠企业可以被挂靠企业的名义向债务人追偿。如果引发民事诉讼，则应当以第三人为被告，以被挂靠的国有企业为原告；但是如果第三人明知企业挂靠的事实，则应当以挂靠企业为原告。（九）债权转股权纠纷诉讼主体的确定

债权转股权（以下简称“债转股”）是指债权人自愿将其对债务人的债权折资入股，成为债务人股东的法律行为。债转股可以分为银行债权转化为股权以及企业债权转化为股权两种情形。对于前者，由于我国商业银行法第43条对银行持股的限制以及银行持股的不利性，一般可以通过中介机构如成立资产管理公司等转换债权与股权；另外可以采取专业银行内部分业经营、发行可转换债券等方式实现债转股。对于后者，一般采取股份制改造、债权转增股权、债权转分立股权、债权转抵押股权、债权转回购股权、三角置换以及企业股拍卖等方式。债权人和债务人自愿达成债转股协议的，只要没有违反法律的有关禁止性规定，法院应当对此予以保护；

任何一方无正当理由反悔的，或者不履行协议的，都应当承担违约损害赔偿责任。如果债转股协议由于违反法律的禁止性规定，或者由于一方在达成协议过程中有欺诈、胁迫行为或该协议显失公平受害方请求法院宣布该协议无效或撤销该协议的，法院经过审查可以宣布该协议无效，或撤销该协议。债转股协议被撤销后，法院应当责令债务人清偿债务。债务人的部分债权人与债务人达成债转股协议的，不妨碍其他债权人向债务人请求清偿债务的权利。债务人应当以其全部资产对剩余债权人承担法律责任；已经成为债务人股东的原部分债权人，应以其投入债务人的股份份额为限对债务人的债务承担责任。债权人提起民事诉讼的，仍应以债务人为被告。（十）中介机构为国有企业改制提供服务的纠纷诉讼主体的确定注册会计师事务所、律师事务所以及资产评估机构等中介机构在国有企业改制过程中，为企业改制提供服务，如出具资产评估报告、法律意见书验资报告等。如果由于以上中介机构的过错（包括故意和过失），所出具的验资报告、法律意见书以及资产评估报告不真实、有遗漏或者不完整，导致国有企业改制的失败或者重新聘请其他中介机构提供以上服务的，因此国有企业因此所受到的损失，或者因此所增加的支出，应当由上述中介机构承担损害赔偿责任。民事诉讼中应以中介机构为被告，国有企业为原告。如果由于中介机构的上述行为或过错，导致第三人受到经济损失的，如其他发起人或股东等，有过错的中介机构应当对第三人的损失承担损害赔偿责任。此时应以第三人为民事诉讼原告，中介机构仍为被告。

### 第三节 国有企业改制中的规则冲突与处理

国有企业改制，既是一种经济行为，同时也是一种应当依法

实施的行为，因此，改制应当以法律、行政法规为依据。但是迄今为止，除了大型国有企业的公司化改制有公司法作为改制的依据之外，其他形式的改制，如中小国有企业的股份制改造、企业产权转让、企业整体出售、企业托管、承包、租赁以及高科技企业的上市等，还没有什么法律作为实施的依据，而只有各个省、自治区、直辖市的地方性法规、政府规章、少量行政法规和部门规章以及上海、深圳两个证券交易所制订的若干交易规则作为改制条件、程序等的依据。由于政出多门，因此彼此间难免有不少矛盾之处。如果这些行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章的适用，如果仅限于制订该法规、规章的地方国有企业或部门国有企业的话，虽然仍然属于不符合立法法的法规、规章，但是一般不会产生利益纠纷；而一旦涉及到该部门或地方管辖之外的国有企业，则究竟应当适用何种法规规章就会令人感到大费周折。一般来说，法律、法规、规章之间的效力冲突，应当按照以下原则加以处理：1、上位法优于下位法。所谓上位法、下位法，指的是法律的形式渊源的差别。也就是说法律文件是由哪个有立法权的国家机关制订的。如我国立法法规定：全国人民代表大会及其常委会制定的规范性文件称为法律；国务院制定的称为行政法规；国务院各部委制定的称为部门规章；省级国家立法机关以及省、自治区政府所在地的市的立法机关和国务院批准的较大的市的立法机关所制定的称为地方性法规，政府制定的称为地方性规章。宪法的效力优于法律；法律的效力优于宪法之外的其他一切法规规章；行政法规优于地方性法规和部门规章；地方上级法规、规章优于下级法规、规章；部门规章优于省级以下政府制订的

规章；2、特别法优于一般法。所谓特别法是指针对特别的事项或人所制定的法律，或者适用于特别的地域，如香港特别行政区基本法、公司法、担保法、合同法等；而一般法是针对一切事项和人，适用于国家机关所管辖的一切领域的法，如宪法、民法通则等。香港特别行政区基本法相对于宪法来说即属于特别法，而公司法、合同法以及担保法相对于民法通则来说就属于特别法。由于特别法是对一般法的突破或例外，或者适用与特殊事项、部分主体以及部分主权领域，因此，在出现冲突时，应当适用特别法。另外还应当注意到所谓一般法与特殊法是相对而言的。如婚姻法相对于民法通则来说是特殊法，而相对于婚姻登记条例来说则是一般法；3、后法优于前法。后法是指（广义上的）立法机关后来制定的法律；前法是指立法机关先前制定的法律。两者是相对而言的。这一原则仅适用于两者为位阶相同的法律之间，位阶不同的法律应当按照上述第一个原则，即按照上位法优于下位法的原则加以处理。后法一般是对前法的补充、限定、否定等，一般与后法相抵触的前法的相关规范将归于无效，或者适用后法。在改制过程中，国务院、各部委以及各个地方立法机关都在不同时期颁布过不同的法律。在先后颁布的两个或多个法律中的强行性规范如果有冲突的，应当以后法为准；4、强行法优于任意法。任何法律都有强制性，但是不同法律之间的效力有强弱之别。根据这种强弱有别的效力，可以将法律分为强行法与任意法。其中强行法一般涉及到国家、社会的根本政策和利益、整体安全和秩序，或者涉及公共利益，因此就具有较强的效力，不允许当事人通过意思表示加以变更。例如我国关于国有资产的保护的诸多法律，都具有

强行性，国有企业在改制过程中必须予以遵守，不得违反。国有企业在改制过程中必须进行国有资产的评估、鉴定以及经过国有资产管理部门的认定等程序。另外，有些行业的国有企业在改制之后成立的企业，有关法律规定国有资产必须占一定比例。这也属于强行性法律规范。而任意性法律规范可以称为授权性规范，即法律授予当事人以选择、变更、否定等自由和权利。当事人可以自己的意思表示行使上述授权。一般来说，授权性法律规范调整的都是涉及到私人事务的领域，因此，允许当事人根据自己的利益或实际情况加以调整、变更等。在企业改制中，如果某一行为既符合任意性规范，又有强行性规范的要求，则应当遵循强行性法律规范。除了法律效力之间的差别外，法律规范之间还由于立法思想、法律原则、价值取向的不同而冲突。主要表现为：1、意思自治与平等的矛盾。国有企业改制应当遵循民法的意思自治原则和法律面前人人平等的原则。在企业改制中，意思自治表现为：企业有权决定是否进行改制；有权决定进行何种形式的改制；改制中出现的产权转让、资产置换、分立合并、承包租赁等事务企业可以自主决定等。而平等是指当事人的法律地位平等以及权利能力的平等。企业改制中，应当坚持自由与平等两个原则，而不能片面强调其中一个。企业在改制中，固然应当关注企业自身的利益，强调自己的意思表示的自由性，但是不能将自己的意志强加于他人，而牺牲他人的意思自治权利。可见平等是当事人意思自治的前提和基础；2、经济效益与法律公平的矛盾。经济效益与法律公平的矛盾表现在：如果不顾公平的要求，企业可以获得更大的收益；而如果要实现公平，就必须抑制企业的盲目追求效益而不顾

公平的行为，如垄断行为、不正当竞争行为等。在国有企业改制过程中，也必须兼顾公平和效益。既不能单纯追求经济效益而放弃社会公平，使整个社会陷入“强者当道”，“法律就是有权者利益之表现”的局面；也不能为了所谓的公平而遏制企业的创造力、竞争力。前者会使社会陷入动荡，一切非法行为都会在强权逻辑中合理化，暴力犯罪、血亲复仇等有悖于现代精神的行为必然会大行其道，整个社会秩序将陷于崩溃。后者将使经济主体陷于缺乏进行创新、进取的消极态度之中，最终必然妨碍整个社会的进步。在国有企业改制中，也必须注意到这种情况。虽然提高经济效益是企业改制的目的之一，但同时也必须注重公平。因此企业改制必须坚持经济效益与法律公平两方面的要求。

### 3、权利自由与权利不能滥用的矛盾。

权利从本质上来讲是自由的，即权利人可以自主决定是否行使权利以及如何行使权利。另外权利本身就意味着行为在法律上的正当性和可强制执行性。但是这并不意味着权利人在行使权利过程中可以不顾他人的利益乃至损害他人的利益，超过权利的正当界限而行使权利即为权利的滥用。不但在合同关系中权利人应当负担主义务之外的从义务和附随义务，如通知、协助、说明、配合、照顾、保密、忠诚等义务；即使在行使所有权等绝对性、排他性权利时，也应当注意他人的安全与利益。因此企业在改制过程中，既要关注自己的权利，也应当不妨碍他人的正当利益。如果权利行使为法律行为，则滥用权利将使该行为无效，当事人应当承担恢复原状等民事责任；如果权利行使为事实行为，则权利滥用构成侵权行为应当承担侵权损害赔偿赔偿责任；如果该行为仍在继续，则当事人可以请求停止侵害。因此权利滥

用的法律后果在于承认其权利的存在而否认其权利行使的效果。具体而言，在公司改制过程中所依据的法律法规之间，主要存在如下规则冲突：1、作为民事和商事活动的基本规范的民法通则与《公司法》、《证券法》以及国务院制定颁布的相关行政法规之间的冲突。民法通则是我国于1986年制定实施的民事基本法律，是指导民事主体的民事活动、规范民事行为、解决民事纠纷的基石。从原则上来说，商法是民法的特别法，民法通则所规定的基本原则，如意思自治、公序良俗、诚实信用、等价有偿等原则，同时也适用于商事活动，也是其他商事法律的指导原则，如公司法、证券法、票据法、海商法、破产法、保险法等。因此民法通则的规范也适用于以上商事法律。但是，由于商法行为、商事主体以及商法关系的特殊性，民法通则所规定的某些规范不能适用于商法。此时发生的规范冲突应当适用特别法优于普通法的原则加以处理。2、《公司法》与《有限责任公司规范意见》、《股份有限公司规范意见》之间的规范冲突。在我国改革过程中，曾经有一个以股份制试点为主要内容的阶段。以上两个《意见》曾经对改革起到极大的推动作用。《公司法》制定生效后，并没有明示废除以上两个规范性文件。这样就出现了《公司法》与《有限责任公司规范意见》、《股份有限公司规范意见》之间的冲突与衔接问题。总的来说，应当按照以下原则加以处理：《公司法》对于有限责任公司和股份有限公司的设立、内部机构、股东权益等内容有明确规定的，应当使用《公司法》的规定，《有限责任公司规范意见》、《股份有限公司规范意见》中有关规定与《公司法》不同的，应予废止；《公司法》对于有关两种公司的规范没有相应

规定，而《有限责任公司规范意见》、《股份有限公司规范意见》有明确规定的，应当使用以上两个《意见》的规定。<sup>3</sup>

3、《证券法》与《股票发行与交易管理暂行条例》等行政法规之间的规范冲突。我国除了《证券法》这一基本证券法律之外，还有大量的证券行政法规，如《股票发行与交易管理暂行条例》、《企业债券条例》、《国库券条例》、《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》、《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》等。这两种法律文件之间的冲突，主要表现在关于股票上市条件、证券交易规则、股东持股比例变更公告、上市公司信息披露等方面。由于《股票发行与交易管理暂行条例》颁布时间在前，而且《证券法》制定后并没有将其废除，所以应当按照法律之间的位阶以及后法优于前法的原则解决这些冲突。《证券法》属于我国立法机关制定的法律，而《股票发行与交易管理暂行条例》等只是国务院制定的行政法规，从法律效力上来说，前者优于后者；《证券法》制定生效时间在《股票发行与交易管理暂行条例》等行政条例之后，因此效力上前者也优于后者。但由于后者没有被明确清理、废除，因此《证券法》和《股票发行与交易管理暂行条例》等法律文件都有规定的规范，应当适用《证券法》；前者没有规定的，或者后者没有规定的，分别适用《股票发行与交易管理暂行条例》等条例或者《证券法》。

4、《公司法》与《证券法》之间的规范冲突。一般认为，《证券法》是《公司法》的特别法，但是我国《公司法》与《证券法》由于调整范围的交叉（如关于公司的债券、股份和股票的发行与交易）、立法宗旨的差异（前者旨在对公司、股东、债权人的利益给与同等

的、一般性的保护；而后者偏重于投资人利益的保护）、法律属性上的差别（《公司法》为组织法与行为法的双重性法律，且偏重于组织法；而《证券法》则基本上属于交易法范畴）等方面的不同，因此有些学者认为我国《证券法》是《公司法》的关系法。因此这两个法律之间的规范冲突的解决比较复杂。但是一般来说，还是应当适用特别法优于普通法以及后法优于前法的原则（《证券法》的生效时间后于《公司法》）。另外关于证券公司的设立条件等，《证券法》的规定于《公司法》不同，此时应当适用《证券法》。

5、《公司法》与《保险法》、《商业银行法》之间的规范冲突。《公司法》与《保险法》、《商业银行法》之间的规范冲突主要表现在一般公司与从事特殊业务的公司如保险业、银行业公司不同的成立条件。一般来说，由于从事保险业、银行业的公司所具有的特殊性，如较高的风险、特殊的知识、业务安全等，因此《保险法》、《商业银行法》对这类公司的设立规定了不同于公司法的条件。此时应当按照特殊规范优于一般规范的原则，适用后者而非前者。

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)