

优秀论文:论应建立国企并购中权责对等的民事赔偿责体制若干问题 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__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484397.htm

摘要：责任的建立无疑应建立在与其相对等权利的确立的基础之上。对于国企并购中国有资产流失的防范，在体现有效性上所存的问题，应刻就是“防不胜防”的局面所反映的规则体系缺口的存在，即在对过失责任的追究上，以行政和刑事责任为主，而对民事责任的追究有所忽略。因为在体制上存在着权责不对等的软肋，所以欲施不能。对造成国有资产流失的过失行为，固然可以撤职和法办，但大量流失的国有资产却无法挽回，这种状况应当使我们去慎审有关对“法律责任”构筑的是否只是一条难敌冲击的虚设防线？是否正是因为缺少民事责任的设置，造成了这种虚设？我们应该将民事赔偿责任从以往观念中“次要”的位置上提升起来，也就是对法律所能做到的“处罚”和“挽回”，给予一种全新的视觉关注。对国有资产管理经营者，即履行“出资人职责”的代表，做为具体的责任人，应设置与其责任相对等的权利，从而使对其民事赔偿责任的追究达到有效的目的。 关键词：国企并购 国有资产流失 民事责任追究

----- 一、受委托行为人责任的现有设置 以现有法律规制和行政法规体系对履行“出资人”职责的代理行为人责任的明确，应该是紧密和繁杂的，但却并不因此而体现出有效与合理。一方面在于与法律规制的相联上，存在脱节的不和谐；另一方面则是行政法规体系内构置所体现的密而有疏，

因而处罚设置虽然繁多，却在事实上不能起到应有的防范作用，因此，对有关履行“出资人”职责的行为责任人，其责任明确的合理性探究，是有关认识得到明确的出发点。1、有效性追求的迷误从结果上看，对国有资产要求“保值增值”无疑是简单明确的，但因为这种结果主要通过市场运作来完成，这就会必然导致目标与市场运作机制之间难以确切“预测”的复杂关系，同时，具体操作的行为责任人因具体而依据的“道德”的不可控制，形成了第二层关系的复杂动态特征，使简单的目的实现变得过程复杂和难以准确控制。

1 经营管理行为人责任“自主经营”权对于国有企业而言，相对于“出资人”所主张的所有者权益，其“独立性”应该是一个动态的概念。所有者权益在国有企业处于独资或控股情况下，企业决策实际上被操纵，“自主经营”的内涵在某种状态下仅只是指生产或经营中发生的具体行为决定权，然而这种具体的决定权却在若干行政规章中变得时大时小，区位不定，边界模糊，从而造成责任明确上的难度。1、111 确保转让有利的职责。2003年《企业国有资产转让管理暂行办法》第9条对“所出资企业的职责”确定中，明确之一为：“研究企业国有产权转让行为是否有利于提高企业的核心竞争力，促进企业的持续发展”，显然，“研究责任”不是一种确定性的职责，无法确切其对“过失”后果所负责任的形式。1、112 经营中发生的管理责任。与监督者管理所不同的是，经营者管理按现有行政法规比较集中的体现是，企业做为经营者，在产权转让中负有组织、设计、联系以及上报下落实的若干具体实施行为责任。但企业的“自主经营”，应有对行为人责任而言的主观能动性保证。 2 监督管

理民事行为人责任 出自于“出资人职责”的监管和上级主管部门的监管，由于“出资人职责”概念的提出，出现了在实际操作中难以明确区分的情况。无疑，“私法主体”与政府的社会公共管理职责的“公法主体”之间，存在着扮演不同角色的问题，也就是政府的权力被划分为公共管理权与所有者权缺乏必要的区界规则，不能确保这种权力不被混合使用，国资监管机构“不行使政府的社会公共管理职能”，但在设置上仍是行政机构，显然是由于“立法权”与“法律义务主体”的角色竞合，造成由“立规”而需自守时的监督者缺位。

1#8226.122 被授权管理行为人责任 首先是国资监管机构的“管理”与所出资企业的“管理”之间的区别。从概念上认识，前者是在于实现维护所有者权益的“管理”，而后者是出自于经营的“管理”，属性上前者是一种“监督性”管理，而后者是处在“被监督”下的管理，其次是管理与监督的区别。监督显然是一种局外的控制和督查，而管理即使是出于监督的需要，也应是一种具体的参予行为。

2、有益性体现的缺省 有益性被仅只归结为确定指标的国有资产保值增值，实际上是违背有关对国企改革指导思想的。1999年中共中央《关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》中对国企改革和发展的目标明确为“适应经济体制制与经济增长方式两个根本性转变和扩大对外开放的要求”，显然，经济增长所要求的“战略性调整”，以及“比较合理的国有经济布局 and 结构”的完成，不能仅以国有企业来完成。更进一步，不能仅以国有企业实现“保值增值”来完成，非公有制经济地位的迅速上升，对实现经济增长的贡献不可忽略，因此完整的归结应该是：国企改革要体现国有资产保值增值与实

现的社会经济效益相结合，与扩大对外开放相结合，以实现社会整体的经济增长和可持续发展。因此，有关有益性的另一个重要方面，即对社会经济结构合理布局，对经济增长的贡献，应该被充分重视。

1 “交易风险”对经营管理责任的影响 市场行为的合规性并不等于行政规制下行为的合法性，这是现有国企经营管理中的困结。对“交易风险”的合理评估，无疑应构成“过失”的“负赔偿责任”的因素之一。责任应包括交易后果是否有益。

1#8226.122 受让方对区域经济的有益影响应做为明确责任的参考依据。对产权转让中的国有独资企业或控股企业而言，整体产权转让失去事后“有益”的标准，但对于区域经济而言，判断交易是否有益，应以受让方的经营业绩所产生的有益后果做为评价的参考依据，事实上，市场定价的不确定性虽然可以在一定条件下不会没有其基准底限，但某种底限同样也应只是参考。

2 监管者“决定权”的市场行为属性 虽然在并购中以企业为出让方，但对于产权转让的“决定”和“批准”权的设置，在内容上包括对国有资产界定、评估，以及对评估价“参考”后决定出让价，均由国资监管机构负责，这一系列行为虽然在形式上是“行政行为”，但属性上极明显地带有市场行为的特征，“出资人职责”的定义，从另一方面直接肯定了这一特征。

1#8226.222 交易监督的行为人责任。监督者谁监督？无疑是对这一责任设置的悖论。

3、合法性的认识局限 行政法规的局限应该是其有效性应该在法律的授权范围。即“政府当局必须能够证实自己所做的事是有法律授权的”，“法律必须平等地对待政府和公民”。法律是“金色的直接超越权杖的棍子”，

1 但显然存在着遵循行政法规的“合法

”和遵循法律的“合法”。“合法性”问题显然需要在此基础上进一步予以明确。

1 转让无效的赔偿现责任 产权转让协议的无效由于“未经行政机关批准”而违反行政法规，和转让中企业做为转让方的违约行为而导致的无效，虽有不同，但由“过失”而引起的民事赔偿责任，具体的行为责任人该负什么样的责任？这无疑是使“合法性”得到认同和遵行的保证，同时也是避免国有资产受损的必须。

1#8226.321 因“过失”而致无效的行为人责任。A、管理层收购中的“过失”责任。在做好对“企业法定代表人的离任审计”后，管理层收购的事实存在，并没有法定的禁止性规定，而对这种收购行为的“公正性”制约的“独立董事”和“财务顾问”专业意见（《上市公司收购管理办法》第15条第2款、第31条第2款）与国资监管机构的“决定”之间，不仅缺乏一种法定的联系，而且在相关对国有企业法定代表人行为行政规范中，对其所负的国有资产“保值增值”责任的评价，与其做为法律主体的权利主张上，即做为受让方的权利的法律保障发生竞合时，如果主张法定权利致使国企受损，责任的确定存在疑问。B、因中介机构“过失”而导致的行为人责任。《企业国有产权转让管理暂行办法》第10条有关对“选择产权交易机构”，适用条件的明确，是为第8条关于由国资监管机构“选择确立”产权交易机构而规范其行为责任，但这种“选择”的失误责任，与产权交易机构自身的“过失”责任，并非存在必然的联系。也就是说，产权交易机构的“过失”责任，是法律规则所确立的，而国资监管机构有无该责任，则是由行政法规则所明确的，如果“选择”失误必然导致产权交易机构的“过失”，则这种“过失”责任应由其独立承

担。C、监管机构“过失”的行为人责任。监管机构“过失”的存在虽然往往是“隐形”的，但其导致的后果则在监督者失去“监督”的状况下损害严重。因为事实上，国企监管机构并非所有者本身，而仅只是被授权履行出资人职责的“特殊的政府机构”，以及“国资所有者职能机构”所包括的管理者职能、出资人职能的。

3 但在具体的职责确认上，却存在着诸多游离不定的东西。《企业国有资产监督暂行条例》仅在第38条对于监管机构的“违法干预”导致损失的，规定了行政处分和刑事责任追究，但事实上，如前所述中谈及的“决定权”，包括对企业“合并、分立”的决定，不会没有“过失”，当然不因应对这种“过失”责任的确定困难而自行定位和定性，从而不予追究。

二、受委托行为人赔偿责任的应有设置对“负赔偿责任”的确立，《企业国有产权转让管理暂行办法》第32条、第44条做出了规定，应该说这是极为明显的一种立法改进。这不同于1999年《国有资产流失查处暂行办法》中依据“挽回损失”的原则和行政处罚所包含的经济处罚。如1994年《股份有限公司国有股权管理暂行办法》第3条和第36条对导致“国有产权益损失的”有关单位和人员，以及监管机构工作人员，“给予经济、行政处分”，而是一种对民事责任的确立。有关对“重刑（刑）轻民”的讨论，

4 是在于从实质上而论对国有资产流失的防护，是物权范畴内的东西。《公司法》和《证券法》做为经济法应有的法律责任设置，即对“经济责任中的财产责任和人身责任并重”，“经济补偿性与社会惩罚性相结合”，

5 当然有关对“补偿”的经济责任或民事责任属性认识不同并影响对其设置的非行政责任属性的确定。这固然存在着

行政规章对民事赔偿责任设置的权限问题，但行政规范内的放弃，必然形成因行政法调整范围圈定的禁区和审判盲区，

6 使法律范围责任与行政规制内责任的公平和等效性丧失，从需要上来说也是失去了从根源上防范国有资产流失的手段。

1、以权利的获得做为责任设置的基础 国企做为法人实体的权利，国资监管机构做为行政机构以及“出资人”授权的行为人主体，其权利不是指“所有者”权，而应该是指其自身的权利。进一步说，是指做为国企中负具体行为责任个人权利。

1 与责任相对应的权利范围 如果我们认为责任是应当的，那么权利则有必然的对应。对国有资产损失“负赔偿责任”，且不论这种赔偿的标准如何，就没有可实现的基础（行政职务的报酬或可预期的报酬不能形成这种对应），仅只是以对责任的性质归属上认识，行政职责并不形成与“负赔偿责任”的对应。

2#8226.112 权力的行使权。权力本身的限制，并不仅只是指其体现范围的有限，而且还应包括权力实现的条件。这些条件的具备，如果是与权力的设置本身适应的，并不产生有关行使权力的权利问题，但事实上，没有任何条件是会符合理想状态而不被人为所左右从而发生和发挥其影响，因此，行使权力的权利问题是一个充分必要的概念。“一项权利可以是一种权力，而他人就须对该权力的行使负责”。

7 不仅仅是负责，负责是对权力实现的后果而言。权力的行使从其产生开始，就存在着其实行过程中需要必备条件，才能实现其预期的目的。对国企经营权和监管权而言，行为者个人的权力被授予，与应同时赋予相应的保证这种权力被正确行使的权利之间，是同一事物的两个方面。

2#8226.121、合同约定。对于“国家机关工作人员”的身

份，其履行职务行为并获得相应的权利，当然基于行政机关与个人之间对“格式”合同的原有约定，其基础是在于双方的自愿即个人申请成为公务员或成为国家其它机关工作人员的“自愿”，与国家机关的“国家录用”之间的合约，是以国家机关若干既定的职责要求为“格式”条款的。但做为企业或监管机构的行为责任，多数出于因前一种约定而确认其身份后，再行发生的第二次约定的双方“自愿”，对于第二种“合同约定”而言，一般性的规定（条款约定），并不能体现“出资人”对具体的企业进行经营和监管的需要，行为责任人的具体行为必须有相应的实际要求，正因为这种要求的存在，相对应的权利也必须有所体现。

2#8226.213 法律的强调。合法性要求是法律对“国企”不能只以“例外”而留空的理由，也是法律应自我约束其“公正”的必然。法律规则对国企行为的规范（如《公司法》对“国有独资公司”的规范），应该是完整的和“公平”的。

3 与责任相对应的权利标准 标准同样是两方面的，即以“出资人”对其所授权的行为责任人履行职责的需要，和以“市场价”做为标准。

2#8226.312 职责需要的标准。职责不同于“职务”，是在于职责应包括经营和监管者个人应承担的“市场行为”风险，如前所述，责任人行为的个人风险承担，需有相应的合理报酬，即由“出资人”以其盈利（或亏损）的多少，来确定其应分配（或分担）的多少。

2、赔偿责任的确定 赔偿责任确定的基础、形式和标准，若缺少具体的原则和规则，势必造成因混乱的随意性所导致的公平丧失，从而使其设置因不公平的处理成为免责的“合理借口”。事实上，对责任的设置并以确切的原则和规则保障其得以体现，并不只是为体

现“警戒”或“挽回损失”而订立的，责任同样是因为权利的存在而与之形成相对等的存在，是权利实现的保证。因为权利的正确行使，必须有其反面的界定，才能使其界限明晰，即“应该”和“不应该”是同时存在的，才是事物存在的完整。

2#8226.322 赔偿责任体现的条件。责任的明确不等于其最终能有效的体现，确保责任能够有效的条件设置，是在于原则上的“公平”和具体规则中的有效（有可能）。国家做为所有者代表和“私权”行为所进入的私法调整范围，必须确立行政机关的“授权”对其受委托代理人的权利与义务是对等的。这当然也包括要对其委托代理人行为承担责任与相对方的权利相对等。而对于本文所主要涉及的受委托人的权利与义务问题，即有关负责赔偿责任而言，责任追究有效的保障，是在于应确立其行为的“私法”属性的相应部份，固然其过失行为损害了国家利益和社会公共利益，但应由行政法和刑法明确。其经营和监管失误的“市场行为”，如对定价问题“决定”行为，对决定“并购”是否有益的判断行为，其“过失”的追究，应归属于民事法律关系予以调整。

2#8226.韦德著 中国大百科全书出版社 P54 2 参见《中国股票非公开发行业研究》焦津洪 娄家抗《中外法学》2002年第4期P497 3 参见《国资委与国资运营主体法律关系的定性探讨》王全兴 傅蕾 徐承之《经济法学、劳动法学》2004年第1期 中国人民大学书报资料中心编 P51-53 4 参见《论证证券市场法律责任的立法和司法协调》刘俊海《经济法学、劳动法学》2003年第7期 中国人民大学书报资料中心编 P10 5

参见《关于经济法中以“新型责任”弥补“行政责任”缺陷的思考》韩志红《经济法学、劳动法学》2003年第6期中

中国人民大学书报资料中心编 P27 6 参见前注5 P23 7 参见《法律的原则》[美]迈克尔#8226.贝勒斯著 中国大百科全书出版社 1996年版P97 8 参见《关于经济法中以“新型责任”弥补“行政责任”缺陷的思考》韩志红《经济法学、劳动法学》2003年第6期 中国人民大学书报资料中心编 P24 9 参见《法与国家的一般理论》[奥]凯尔森著 中国大百科全书出版社 1996年版P228-229 10 参见前注9 P227 11 参见前注9 P230 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