最新中华人民共和国

经 济 法 全 书

〖经济法实例分析第五卷〗

郭雅　主编

吉林摄影出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

图书在版编目(CIP)数据

最新中华人民共和国经济法全书/郭雅主编.
—长春：吉林摄影出版社，2004

ISBN 7-80606-811-2
Ⅰ.最… Ⅱ.郭… Ⅲ.经济法—中国—汇编
Ⅳ.D920.9
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 059149 号

吉林摄影出版社发行
(长春市人民大街 124 号 130021)
全国各地新华书店经销 北京施园印刷厂印刷
开本：787×1092 1/32 印张：425 字数：4 500 千字
2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷
印数：1～1 000 册
书号：ISBN 7-80606-811-2/D·210
定价：998.00 元

目　录

◎对企业改制中若干法律问题的思考.....1
◎企业运行中的国家干预法律制度研究.....25
◎国有企业职代会改革刍议.....69
◎规范企业破产，提高资产运行质量——“完善破产法与推进产权改革研讨会”述要.....87
◎我国证券法体现的若干重要原则.....95
◎完善劳动合同立法的几个问题.....105
◎关于我国罢工现象的立法思考.....117
◎市场经济条件下经济法调整对象再探.....126
◎论现行破产法的修改.....134
◎第六届全国经济法理论研讨会综述.....149
◎中国法学会民法学经济法学研究会’98 年会综述.....166
◎我国企业集团发展中存在的问题与法律对策.....181
◎台湾“期货交易法”评析.....194

◎对企业改制中若干法律问题的思考

一、企业改制中反映出来的法律问题

为了贯彻落实党的十五大提出的“抓大放小”，调整和完善所有制结构的要求，充分发挥人民法院的审判职能作用，为企业改制工作服务，江苏省淮阴市中级人民法院从1997年12月1日至1998年3月10日，组织全市两级法院76名干警，19个调查组，对全市正在改制和准备改制的109家企业，进行了一次广泛深入的调查。

调查表明，淮阴市的企业改制工作在各级党委、政府的正确领导下，在企业和职工的大力支持下，正有条不紊地深入开展，并已取得初步成效。该市的企业改制工作主要在工商、建筑、交通、运输等行业以股份制改造、产权出售、售租、售股、售赊结合、抵债返租、挂帐建新、建新租旧等形式进行。目前，企业改制工作已在该市全面推开。

同时调查还表明，该市的企业改制工作仍存在一些亟待完善和规范的问题，个别地方、个别企业改制观念跟不上，有等待、徘徊的现象，有的企业改制不规范，清产核资不严格，审计评估把关不严，转让拍卖公开性不够，有的地方改制关系理不顺，层层牵制，加之配套措施不到位，改制工作难以深入开展。造成

上述问题的原因是多方面的，但最根本的原因是：在建立社会主义市场经济过程中，大部分企业自身造血功能不足，参与竞争能力不强，政企没有分开。从法律角度来分析，主要有六个方面的问题值得探讨。

1、企业改制后，企业财产是公有财产还是业主的个人财产，如何确定混合所有制经济的公共成分，侵吞混合所有制的财产是否构成贪污；

2、企业改制前的债务如何落实，改制中遗漏的债务、潜在的债务如何处理，如评估不实，购买者是否承担超出部分的债务；

3、企业改制后，如何理顺新、旧企业的关系，确定改制企业的主体资格；

4、承包、租赁未到期的企业改制，如何终止承包、租赁合同，能否强行终止，对承包、租赁期间的资产增溢部分如何处理；

5、公有资产有否流失，如何防止公有资产的流失，保证公有资产保值增值；

6、企业改制后，如何做到既依法保护劳动者的合法权益，又依法维护企业的用工自主权，发生劳动争议如何解决。

二、对具体问题的法律思考

笔者认为，上述问题不解决，将直接影响企业改

需要全本请访问 www.ertongbook.com

制工作的进程，影响企业改制后能否适应市场经济的要求，关系到企业改制的目标能否实现，进而影响社会主义市场经济体制的建立。故此，我们对上述问题作一些法律上的思考，并提出相应的对策。

(一)关于改制企业财产性质

在党的十五大报告中明确了公有制经济的性质：公有制不仅包括国有经济和集体经济，还包括带有私人经济成分的混合所有制经济中的国有成分和集体成分。混合所有制经济包括股份制企业、股份合作制企业、中外合作、中外合资企业等。企业改制打破了财产的所有制界限，实现了资源的重新配置，企业的财产性质就需要重新界定。我们认为，根据刑法第 91 条、第 92 条的规定，结合改制实际，应理解为：

1、国有企业、集体企业按公司制改造，进行兼并、联合的，不改变其所有制性质，企业资产仍属公有财产；

2、对乡镇企业和市、县属小企业，以产权拍卖整体出售为个人购买的，就改变了其所有制性质，企业资产转变为购买者的个人财产；

3、对以售租结合、抵债还租、挂帐建新、建新租旧等形式改制的，原老企业的资产性质不变，仍为公有财产，经营者使用老企业的资产仍属租用性质，

负有保值增值的义务；

4、对以股份制、股份合作制形式进行改制的，就发生了国有财产、国有与集体、国有与私营、国有与个人财产、国有与外资相混合的财产。根据最高人民法院、最高人民检察院 1989 年 11 月 6 日《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解释》中规定：“以全民所有制和集体所有制为基础的股份制企业中经手的管理财产的人员”，可以成为贪污罪的主体，这就在实际上确认混合财产可视为公有财产，但能否视为公有财产，根据十五大报告，主要看这些财产是由谁来管理、使用和支配，即看控股权掌握在谁手里，因为“国家和集体控股，具有明显的公有性，有利于扩大公有资本的支配范围，增强公有制的主体作用”。混合所有制经济中的混合财产，只要公有财产部分达到控股的，其所有财产就是公有财产，反之就是私人财产。因此，企业改制并不影响我国公有制经济的主导地位。企业改制过程不是私有化的过程，由职工共同出资入股建立股份合作制企业，或由个人出资购买集体、国有资产，是社会主义初级阶段公有制的实现形式之一，不会影响我国社会主义公有制性质。同时，企业改制后，其工作人员侵犯公有财产、或公有财产控股的混合财产，即构成侵

犯公共财产所有权，应结合刑法第 93 条有关国家工作人员这一特殊主体的规定，以贪污罪来追究其刑事责任。

(二)关于债权、债务的处理

从调查的情况看，企业改制中对债务的处理上存在许多问题：有的处理债务不经债权人同意；有的债务转移手续不完备；有的借改制之机逃避债务；致使债务“悬空”；有的将债务全部由政府承担，如某县一镇政府将近千万元的债务挂到镇工业办公室的帐上，由镇政府承担；有的在改制中高估、低估资产，评估中遗漏债务，对潜在债务不予关注，如某县一企业资产价值 28 万元，只评估为 18 万元，少估 10 万元，严重影响了债权人的合法权益，遗留下不少矛盾和纠纷，影响改制工作的健康发展。为此，我们认为：

首先，要认真落实债务，保护债权人的合法权益。在改制中，要积极同债权人和债务人取得联系，在取得债权人同意的基础上，依法办好有关转让手续，以避免留下后遗症和不必要的纠纷。对债务的落实，可根据改制形式采取以下几种方式：

1、企业兼并、联合的，由兼并、联合后的企业承担被兼并、联合前企业的债务；

2、企业分立的，坚持债随物走的原则，按照资

产的合理分流分配债务，并订立明确的债务转移协议；

3、企业出售的，购买企业的净资产，应由购买者承担企业的债权债务；购买企业总资产的，应由出售方用产权转让的收入偿还债务；

4、资不抵债企业出让时，采取抵债反租形式的，原企业的债务已用其资产抵偿给债权人，故债务已冲销；采用挂帐建新，建新租旧形式的，在征得债权人同意的情况下，可用新企业上交的租金、规费、所得税和增值税的返还部分，偿还债务；对政府“无偿送养”给个人，约定几年时间偿还债务，这个方式只具有形式上的意义，如果债权人起诉，企业仍无法偿还的，政府将成为债务的承担者，因为政府是依职权将企业“送”或“卖”出去的；对改制中政府将企业债务揽归政府名下，由政府承担的，只能视为政府自愿接受债务，由其承担，这将直接影响政府职能的发挥，影响企业的信用度，在今后的改制中，要切实防止这一现象的产生。

5、财产已进行贷款抵押的企业被转让或拍卖时，应当通知抵押权人，必要时由改制企业与银行重新办理贷款合同和抵押、保证手续，不得未经抵押权人同意，擅自拍卖、转让，如抵押权人愿意接受转让或购

买，应保证其优先购买权。

其次，要依法处理遗留的债务纠纷，保护善意债权人的合法权益。

1、对改制中评估不实的处理。

高估企业资产，资产接受人拒绝清偿超过接受资产值以外债务的，如果原资产没有改变，应本着实事求是的原则，重新评估，明确企业接受人只能在实际接受财产的范围内承担清偿责任；低估企业资产而导致剩余债务得不到落实的，重新评估，由资产接受人承担清偿责任。评估机构应按最高人民法院 1997 年 12 月 31 日《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》第一项：“ 金融机构、会计事务所为公司出具不实的验资报告，公司资不抵债的，该验资单位应当对公司债务在验资报告中不实部分 ”，承担民事赔偿责任。

2、对改制中遗漏债务的处理。

遗漏债务主要有以下几种情况：一是在进行资产评估时遗漏债务，主要是对原企业在进行经济活动中应承担的债务遗漏。如某建筑公司清产核资时未将贷款的利息计算在内，企业拍卖后，从借款之日到拍卖之日的利息就属遗漏债务。从调查的情况看，造成这种遗漏主要是因被改制企业自身在财务管理、资产管

理上存在漏洞，改制审计只限于帐面审计，改制工作粗糙，核定企业债务不细、不严所致。二是被改制企业注册资金不到位或其开办单位抽逃资金所遗漏的债务。对这种所遗漏的债务，不能由改制后企业承担。其债务因注册资金不到位或抽逃注册资金的，原开办单位要在其不到位资金或抽逃资金范围内承担。

3、对企业隐形债务的处理。隐形债务主要是指在企业改制中由于客观原因，其债务尚未出现或尚未预见到，而随情势的变化而出现的债务。改制中，隐形债务主要有以下几种：一是原企业对外提供担保的隐形债务。在企业改制中，对原企业提供担保，由于企业管理不规范，一般从原企业帐面中难以反映出来。改制后，债权人提起诉讼，才发现而形成的隐形债务。对这种债务在处理上，如果企业在转制时，被兼并、联合的，原企业的担保责任应由兼并、联合后的企业承担；整体出售的，应由出售方从出售所得中承担担保责任，如出售所得为政府国资部门接受，则由国资部门从接受所得范围内承担担保责任；如采取其它形式转制的，则以债随物走的原则，由接受资产方从接受财产的范围内承担担保责任。二是挂靠单位的隐形债务。企业改制后，在挂靠企业无力承担时，被挂靠单位应承担连带责任，被挂靠单位的主管部门

需要全本请访问 www.ertongbook.com

和有关部门也可能因有过错而成为共同被告。三是特殊的侵权损害之债。

①因企业法人和工作人员在经济活动中由于过错给他人造成损害而在改制时才发现而引的损害赔偿之债；

②因原企业产品质量不合格造成他人财产、人身损害而引起的损害赔偿之债。对这类因侵权损害所形成的隐形债务，处理原则与因担保所形成的隐形债务相同。

(三)关于改制企业的主体资格

企业改制后，新企业成为独立的市场主体，拥有完全的经营自主权，并独立承担民事责任，但由于新企业是在老企业的基础上建立发展起来的，改制中，旧企业的债权债务均以一定的形式由新企业来承担，因而，理顺新、旧企业之间的关系，确定新、旧企业之间的主体资格，有利于明确双方的权利、义务，有利于确定在涉讼时的被告资格和民事责任的承担。我们认为，改制企业的主体资格不能按一般债务案件处理，应本着既保护债权人利益，又支持改制企业迅速发展，增强还债能力的原则，合理确定。

1、兼并企业的主体资格。企业兼并主要包括承担债务式、购买式、吸收股份式、控股式四种，因兼

并形式不同，兼并企业的主体资格也不同。以承担债务式兼并的，其对外债务应由兼并企业承担，兼并企业具有被告资格；以购买式、吸收股份式、控股式兼并的，由兼并企业在兼并财产范围内承担债务，兼并企业和被兼并企业为共同被告。

2、企业分立、合并后的主体资格。根据《民法通则》第 44 条的规定，因企业合并前民事活动发生的纠纷，由合并后的企业承担，合并企业具有主体资格；企业分立前的民事活动发生的纠纷由分立后的企业为共同诉讼当事人，其债务由分立企业承担按份的民事责任。在调查中，我们发现，有的企业借改制之机，企图通过企业分立的方式逃避债务。一是采取剥离经营的，即原企业名称依然存在，利用原企业的人员、设备、技术重新组建新企业，老企业的债务仍由老企业承担的方式。对此，应认定为企业分立，将分立后的几个法人作为共同被告，共同承担民事责任。二是采取“挂帐建新”方式改制，由于债务仍挂在原企业帐上，故原企业作为第一被告是必然的，如新企业是用赊购的方式取得原企业资产的，可适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定》第 105 条、第 300 条的规定处理，即将新企业作案外人处理，必要时可对新企业采取强制

执行措施；如新企业是直接用原企业资产组建的，可比照企业分立处理，将新企业列为共同被告。三是采取建新租旧方式，由于原企业仍然存在，故原企业应作为案件的被告。而新企业租赁了原企业的资产，故对原企业负有一定的义务即给付租金、租赁期后返还租赁物，故可根据《最人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 105 条、第 300 条的规定处理。但租金和租赁时间明显不合理，不公平时，我们认为可认定该租赁协议无效，法院可以直接执行原企业出租的资产。四是采取抵债返租方式改制。其是将企业的全部或大部分资产用作偿还某一个或少数几个债权人的债务。我们认为这样处理明显侵犯了其他债权人的合法权益，应依法认定无效。实际处理中，如原企业存在，可以原企业为被告，在执行中执行已被原企业处理的资产；如原企业不存在，可列作出决定的企业主管部门为被告，在执行中执行已被处理的原企业的资产。

3、出售企业的主体资格。出售企业是一种买卖关系，但又不是普通的买卖关系，已涉及到老企业的债权、债务处理。因此，在确定买卖行为的效力和购买者的主体资格时不能一概而论，应充分考虑改制工作的实际，不能过于严苛。只要不损害国家和集体的

利益，不侵害债权人的合法权益，一般不能确认买卖合同无效，不能直接确认由购买者承担还债责任。只要对原企业债务作了合理分割，购买者又愿意承担债务的，一般应认定债务转移行为有效，购买者即承担还债责任。对于在出卖时，债务没有落实，或落实悬空，而应由出售人承担而出售人被注销的，由接受被卖企业价款所得者在接受范围内承担债务。

4、股份合作企业的主体资格。如果原国有资产已转换成国有股，保留在股份合作企业中的，由股份合作制企业用国有股及股息还债；如果未转换成国有股但保留在股份合作制企业中由其占有、使用的，由该股份合作制企业承担清偿责任；如果既未转换成国有股，又未被股份合作制企业占有使用的，其资产损耗或流失的，由股份合作制企业和主管部门共同承担清偿责任。

5、对遗漏债务和隐形债务的主体资格前文已述及，不再赘述。

(四)关于承包、租赁企业的改制

承包、租赁企业经营，是 1992 年党的十四届三中全会后，为转换企业的经营机制，实现所有权和经营权分离，增强企业活力而适应当时市场经济实际的改革措施。然而，这次企业改制工作，是为了改变企

业的所有制结构，打破所有制界限，实现资源有效配置而采取的重大改革措施。前次改革只改经营机制，不涉及所有制的变化。现在，如何搞好已承包、租赁企业的改制工作，是当前改制工作中亟需解决的问题。我们认为：一要依法终止承包、租赁合同。原承包或租赁合同一经签订，即具有法律效力，受法律保护，非因法定事由不得终止。要终止这些合同，应根据实际情况，区别对待。一种情况是承包者(承租者)在经营期间，有《企业经营条例》第 20 条和《企业租赁条例》第 20 条规定的违约行为，发包方和出租方可单方面解除合同。另一种情况是在改制前合同能得到正确履行，没有违约行为发生，可依据《民法通则》有关“情势变更”的原则，在和承租人、承包人充分协商的基础上，并给予适当的经济补偿后终止合同。二要正确处理承包、租赁期间的增溢资产。承包人、承租人在经营期间为追求利润，实现高效益，对原承租、承包的资产进行更新和改造，解除合同时，其所交付的资产往往大于承包、租赁资产，增溢部分的财产应界定为承租、承包人的经营利润，并予以返还。三要依法保护承包人、承租人的优先购买权。因为企业的原经营者对原企业的情况比较熟悉，同等条件下更能充分发挥企业的潜力，有利于企业的发展，

故在企业出售时，在同等条件下，原经营者有优先购买权，但在调查中，我们也发现有的地方政府感情用事，片面强调保护其优先购买权，在竞买者之间，不按竞价的高低，一味支持原经营者，使购买者与出让方产生矛盾，使改制工作不能做到“公正、公开、公平”。

(五)关于公有资产的保护

在企业改制工作中，为防止公有资产的流失，保证公有资产保值增值，各级党委、政府都采取了切实有效的措施，并收到了预期的效果。但从调查的情况看，国有资产保护机制仍未完全建立，流失现象比较严重，已成为社会各界关注的热点问题。调查表明，公有资产的流失主要有以下几种情形：

1、政策性流失。改制中，针对社会购买力不足，鼓励社会成员积极参与购买，市委在改制方案中出台了一系列的优惠措施，如购买净资产并一次买断的，按不超拍卖成交的 20%优惠；一次性购买土地使用权的，可按基准地价的 50%优惠等，这些优惠所致减少的部分，即属依据政策而致公有资产的流失。

2、评估不实流失。由于改制工作时间紧、任务重，加之该市中介机构力量薄弱，人员素质不高，致使在清产核资、财务审计、资产评估工作中不细不实，

需要全本请访问 www.ertongbook.com