

(六) 中国台湾地区的有关规定

如营业让与契约^①包括让与公司的负债在内，除构成概括让与外，性质上为债务承担，即使营业让与契约明定由受让公司承担让与公司的债务，依“民法”规定，尚应经债权人承认，否则对债权人不生效力（“民法”第301条）。可是，由于“企业并购法”第27条第1项特别规定让与或受让营业或财产者，其债权让与的通知得以公告方式代替，承担债务时，免经债权人承认，不适用“民法”第297条及第301条的规定，故营业让与标的如包括让与公司的负债，并不必取得债权人承认，仍可对债权人发生效力。^②对此，有学者提出质疑，其阐述理由如下：“盖所谓债务承担之承认，性质上为让与公司债权人之意思表示，仅以公告周知之观念通知，理论上并未能取代让与公司债权人未承认之意思表示，否则仅以公告即得‘山河变色’，发生债务人易主之结果，显然对于公司债权人过于不公平。因此，‘企业并购法’第27条第1项以简化营业让与之程序为由，规定公司为概括承受、概括让与、营业让与或营业受让时，免经债权人之承认，不适用‘民法’第297条及第301条规定，明显违反‘宪法’第15条有关财产权保障之规定。又从民事关系而言，让与公司如以营业让与进行脱产，则该营业或财产之买卖，应属通谋虚伪意思表示而无效（‘民法’第87条第1项），公司债权人仍得依法主张。”^③

虽然台湾“立法”并未明文规定营业转让中经公告后的债务承担性质如何，但从该学者的见解可知，其应为免责的债务承担，即无须债权人的承认，转让人就可免责，而受让人取而代之成为债权人的债务人。

四、我国现行制度的缺陷与问题

(一) 民商法上的一般规定与学说

由于营业转让是商法总则中的制度之一，而我国尚未制定商法典，故我国立法自然未对其中的债务承担问题作出明确的、一般性的规定，

^① 在中国台湾地区的有关规定中，营业转让被称为“营业让与”。

^② 参见王志诚：《企业组织重组法制》，193页。

^③ 见上书，198页。

对其的判断只能依据一般的民商法规定与学说解释进行推断。我国《合同法》第84条规定，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。而我国民法上的通说认为，债务承担从性质上可以界分为免责的承担与并存的承担。可是，对于《合同法》第84条是否承认并存的债务承担，学说上则存在着分歧。一种为肯定说，该说认为，该条规定部分债务的移转实际上是指并存的债务承担。^①一种为反对说，该说认为，《合同法》第84条明确规定，债务人不管是将合同义务的全部还是部分转移给第三人，均需债权人同意，故该条仅是对全部免责债务承担和部分免责债务承担的规定，而并非对并存的债务承担的规定。^②至于债权人同意的方式，学说认为，明示或者默示均可，以非要式为原则；债权人向第三人请求履行或者受领第三人的履行，亦表明同意；当然，也可以明示或默示表示拒绝。^③根据该规定的内容，并结合以上我国学说对其的理解，下文区分当事人之间约定内容的不同，分别对不同情形下营业转让中的债务承担进行探讨。

第一，当事人之间对债务的承担没有约定的情形。在这种情形下，由于当事人之间未就债务的转移达成协议，而且，由于营业转让非公司的合并与分立行为不属于债权债务的概括性转让，因此，受让人理应无承担债务的义务。

第二，当事人之间约定转移债务的情形。在这种情形下，并存的债务承担对转让人几乎毫无益处，且我国学说对于《合同法》第84条是否承认并存的债务承担尚无定论，故当事人之间的约定内容只可理解为免责的债务承担。债权人可以明示或默示，以及请求或接受履行等方式表示同意，或以明示或默示拒绝，债权人表示同意的，受让人承担清偿责任，而转让人免责；债权人表示拒绝的，则转让人继续独自承担清偿责任。

第三，当事人之间约定不转移债务的情形。在这种情形下，由于当事人之间特别约定不转移债务，受让人当然不承担清偿责任。

^① 参见王利明：《民商法研究》（第6辑），533页，北京，法律出版社，2004；崔建远：《概念·特征·构成要件·价值判断——分析民法问题的大体思路》，见崔建远主编：《民法9人行》，64、65页，香港，金桥文化出版（香港）有限公司，2004；邢建东：《合同法（总则）——学说与判例注释》，301页，北京，法律出版社，2005。

^② 参见杨明刚：《论免责的债务承担》，见崔建远主编：《民法9人行》，20页，注1；龚兵：《免责的债务承担》，载《法学杂志》，2006（2），131页。

^③ 参见崔建远主编：《合同法》，第3版，185页，北京，法律出版社，2003。

由此可见,根据我国商法的现行规定及学说解释,仅在第二种情形下,即当事人之间约定转移债务的情形下,债权人才可向受让人请求清偿债务,而且,债权人一旦向受让人请求,则不得向原债务人请求清偿。可是,在营业转让中,由于具有担保意义的营业财产予以转移,而转让人又易于消耗掉作为营业转让对价的现金,这样的规则显然极不利于保护债权人的利益。

(二) 债权人所能利用的救济措施及限制

如前所述,如转让当事人之间无转移债务的特别约定,债权人只能向转让人请求履行。在这种情形下,如债务人不能清偿债务,根据我国现行法律规定,债权人还可利用合同法上的撤销权、破产法上的撤销权、法人格否认以及公司分立中各公司的连带责任等规定与法理来实现救济。

1. 合同法上的撤销权

《合同法》第74条规定:“因债务人放弃其到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。”可是,债权人适用该条规定对营业转让行使撤销权相当困难,因为:第一,在营业转让中,转让人无偿转让营业的情形十分少见;第二,由于营业财产为各种有形、无形财产及事实关系的有机结合,被转让营业的合理市场价值很难确定,在实践中,为了证明其营业转让的合法性,转让企业通常会聘请财务顾问或者资产评估机构等中介机构出具相关报告,证明营业转让价格的合理性,而债权人要在法庭上证明转让价格为明显不合理的低价非常困难^①;第三,众所周知,债权人要想证明受让人对此明知也相当困难。

2. 破产法上的撤销权

根据《破产法》第31条的规定,法院受理破产申请前一年内,债务人无偿或以明显不合理低价转让其财产的,管理人有权请求法院予以撤销。在这种情形下,管理人无须证明财产受让人对明显不合理的价格明知,且根据《破产法》第34条的规定,管理人可直接追回债务人的财

^① 参见彭冰:《“债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护》,载《法律科学》,2008(6),149页。

产，因此，相较于上述合同法上的撤销权，破产法上的撤销权在这两点上比较有利。可是，行使破产法上的撤销权必须至少满足以下条件：第一，必须债务人被申请破产；第二，行权人必须为管理人；第三，转让财产的行为必须发生在破产申请前一年内。而且，与上述合同法上的撤销权一样，证明营业财产的转让价格为明显不合理的低价十分困难。

此外，《破产法》第 32 条还规定了针对优惠性清偿的撤销权。该条规定，法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求法院予以撤销。有学者主张，对于资产与债务一并转移的营业转让，可适用该条规定实现对债权人的救济。可是，该条适用的对象为对个别债权人进行清偿的行为，是否适用于债务转移存在着不确定性，而且，该条显然不适用于未约定转移债务的营业转让。另外，与第 31 条的问题一样，该条也存在着债务人必须被申请破产、行为期限、行权主体的限定等问题。

而且，上述两条都存在着一个共同的问题，即由于即使管理人运用上述规定追回了财产，该财产也必须纳入破产财产，按照破产分配顺序进行分配，债权人只能有限度地实现债权的回收。

3. 法人格否认的法理

债权人还可考虑利用法人格的否认法理来实现救济。我国《公司法》第 20 条规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益；不过，《公司法》在此并未进一步明确该法理的具体适用情形。对于该条是否可适用于债务人通过将资产转移至其他公司以逃避债务的情形，即法人格否认法理反向适用的可否，因该条规定的责任主体为股东，故仅从文义解释很难作出肯定的回答，而学说上对此也存在着较大的争议。即使可适用，依据该法理的性质，其适用也仅限于债务人将资产转移至其新成立公司或其所控制的公司的情形。此外，根据国外的学说理论与司法实践，该法理的适用还要求受让人与转让人具有实质的同一性，且债权人还必须证明债务人存在着滥用的意图。^①

4. 公司分立中各公司的连带责任

《公司法》第 177 条规定，公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任，除非公司在分立前与债权人就债务清偿达成书面协议。因该条

^① 志村治美『現物出資の研究』（有斐閣 1975 年）234 頁。

对于责任承担规定得非常明确，且债权人无须承担债务人或受让人存在恶意等举证责任，故如果能适用该条，则对债权人非常有利。但是，因该条适用的前提条件为公司分立，故债权人必须举出足够的证据与充分的理由来说明债务人的行为为公司分立。可是，因存在着连带责任的规定以及利用分立制度益处的不明朗，债务人一般不可能明文标榜自己的行为为分立，显然，如果没有法官的特别支持，债权人几乎无力证明债务人的行为为公司分立。而且，在债务人将其资产转移至另一既存公司的情形下，还涉及合并分立的认定问题，可我国《公司法》并未明确可进行合并分立。况且，如果当事人并无意图进行分立而法官却强行认定其进行了分立，似有破坏法律的明确性之嫌。最高院曾有一判例通过认定债务人与受让人的行为构成了合并分立从而肯定受让人的责任，可该判例的说理太过牵强，似乎只是主审法官的一厢情愿，而此后并无判例遵循这一做法就说明了这一点。^①因此，债务人适用该条追究受让人责任也非常难以获得成功。

（三）司法解释与适用

也正是因为我国现行法律规定及法理的无力，为了解决企业借改制之机逃避债务、保护债权人的合法权益，最高人民法院在2003年颁布了《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（以下简称改制司法解释）。改制司法解释虽然没有明文使用营业转让的概念，但其规定的企业公司制改造、国有小型企业出售等情形实际上等同于营业转让。其中，涉及本书问题的条文主要有：

（1）企业公司制改造。

第6条 企业以其部分财产和相应债务与他人组建新公司，对所转移的债务债权人认可的，由新组建的公司承担民事责任；对所转移的债务未通知债权人或者虽通知债权人，而债权人不予认可的，由原企业承担民事责任。原企业无力偿还债务，债权人就此向新设公司主张债权的，新设公司在所接收的财产范围内与原企业承担连带民事责任。

第7条 企业以其优质财产与他人组建新公司，而将债务留在原企业，债权人以新设公司和原企业作为共同被告提起诉讼主张债权的，新设公司应当在所接收的财产范围内与原企业共同承担连带责任。

^① 详见第二章之一对于该案的介绍。

(2) 国有小型企业出售。

第 24 条 企业售出后，买受人将所购企业资产纳入本企业或者将所购企业变更为所属分支机构的，所购企业的债务，由买受人承担。但买卖双方另有约定，并经债权人认可的除外。

第 25 条 企业售出后，买受人将所购企业资产作价入股与他人重新组建新公司，所购企业法人予以注销的，对所购企业出售前的债务，买受人应当以其所有财产，包括在新组建公司中的股权承担民事责任。

第 26 条 企业售出后，买受人将所购企业重新注册为新的企业法人，所购企业法人被注销的，所购企业出售前的债务，应当由新注册的企业法人承担。但买卖双方另有约定，并经债权人认可的除外。

以上条文虽具体规定了几种情形下的债务承担问题，但令人费解的地方很多。以下逐一对其进行分析。

第 24 条规定的行为可理解为普通的营业转让，且为营业的全部转让^①，故本书的分析首先从该条入手。从该规定“企业售出后”的文义来看，该规定仅适用于转让全部营业且原企业解散的情形。根据该规定，在这种情形下，由受让人承担营业上的债务，而转让人与受让人另有约定不承担债务，并经债权人认可的除外。显然，这样规定的理论根据为“债随企业财产变动原则”，即营业资产是营业债务的担保物。不过，该规定的适用对象为营业的全部转让，其是否适用于营业的部分转让尚不得而知。

第 25 条规定的行为实际上可分解为两个阶段的法律行为，第一个阶段是受让人购入企业资产，第二个阶段是受让人将购入后的资产用于出资组建新公司。第一个阶段实际上是受让人对营业资产的受让，根据第 24 条的规定，在这种情形下，受让人当然应承担企业出售前的债务；而在第二个阶段中，买受人作为本来的债务人，即使其将企业资产转移，也应承担原债务，这样的规定理所当然，可是，既然新组建公司受让了

^① 企业一词最早起源于德国，经由日本翻译传至中国。在德国，在营业转让、租赁、继承的语境中，企业（unternehmen）事实上与营业为同义语（详见第二章之二中的论述）。司法解释中使用了“国有小型企业出售”，可是，所谓“企业出售”所出售的对象究竟为何物却令人费解，即如其指的是企业本身，岂不是出售自己？这在法理上是行不通的、逻辑上是矛盾的。而如其指的是企业所拥有的资产，则与现有的企业概念不符。从对企业一词的发源地——德国的考察得知，企业可理解为营业，如果是这样，问题就可迎刃而解了，即企业出售的是营业，而不是企业或法人本身。持同样见解的有张颖杰、万良杰：《国企出售与债务承担问题探讨》，载《商业时代》，2007（3），74页。

原企业的资产，按照第 24 条规定及“债随企业财产变动原则”，新组建公司理应也承担或者单独承担原债务，可在该规定中，看不出制定者有让新公司承担债务的意图，这岂不是前后矛盾？不过，第 24 条规定的情形为营业的全部转让，而第 25 条规定的第二阶段则可理解为营业的部分转让，从这个角度看，这样规定似乎仍具有一定的合理性。

第 26 条规定的行为应解释为受让人首先受让营业，再设立新公司，并将其受让的营业又转让至新公司。根据第 24 条及“债随企业财产变动原则”，受让人应首先承担营业上的债务；因受让人随后转让的只是其营业的一部分（相对于受让人而言），故根据第 25 条的规定，受让人仍应继续承担原债务。可本条却规定由新注册的企业法人承担，这两条之间岂不是自相矛盾？第 25 条规定情形与本条规定情形的唯一不同之处在于第 25 条是受让人以企业资产与他人组建新公司，而第 26 条是买受人以企业资产单独设立新公司，可是，这是否足以构成区别对待的理由呢？

而且，以上三条还存在着一个共同的缺陷，即如国有小企业将其全部营业出售给受让人后，其将不承担债务，立法如此设计岂不是反过来为国有小企业逃避债务提供了合法的依据？^①而且，以上三条适用的对象均为国有小型企业的出售，其是否适用于非国有小型企业的出售并不明朗。可在对待债权人的问题上，区别对待这两者并无合理的理由。笔者认为，之所以本解释限于国有小型企业的出售，只是因为企业改制中，国有小型企业的出售较为多见，其讨债问题较为突出而已，并不代表国有小型企业的出售与非国有小型企业的出售之间有着本质的区别。

第 6 条规定的行为实质上可理解为转让人以其部分营业作为实物出资与他人共同设立新公司的行为。其前半段只不过是对现行《民法通则》及《合同法》规定的重复。而其后半段规定，在原企业无力偿还债务的情形下，由新设公司在其所接受的财产范围内承担连带民事责任。该条的问题在于：（1）从该条规定的内容可知，在转让部分营业的情形下，与他人共同设立的新设公司需对营业上的债务承担连带责任。可是，这又与第 25 条规定的内容自相矛盾。不过，这两条适用的条件不同，即适

^① 参见余竹旗：《论营业转让中的债权人保护》，载《安徽大学学报》（哲学社会科学版），2009（2），85页。

用该条规定的前提是原企业无力偿还债务，而第 25 条规定的则是买受人具有清偿能力的情形。(2) 同样是以“债随企业财产变动原则”为其理论基础，该条规定的是受让人在其接受的财产范围内承担责任，而上述第 24 条、第 25 条规定的却是以受让人所有的财产承担责任，可在这两类情形下承担责任的财产范围为什么不一致，在理论上却无法阐明。

第 7 条规定的行为实质上也是转让人以其部分营业作为实物出资与他人共同设立新公司的行为，不过，其适用限定为以优质资产出资的情形。同样，该条以“债随企业财产变动原则”为理论根据，规定了在此情形下受让人的连带清偿责任。可是，在正常情况下，即使转让人以优质资产出资，其理应获得相应的对价（股权），债权人也可通过执行出资企业在新设公司的股权的方式解决，不必适用本条规定；而且，受让人也支付了相应的对价，使其承担责任对其不公。

上述两条规定的都是企业以其部分资产出资进行改制的行为，可是，如果将其适用范围适用于企业的一般转投资行为，企业将因有可能被承担债务而无法进行正常的投资，这显然不妥，可如何区分企业以部分资产出资进行改制与企业正常的转投资行为却是一个绕不开的难题。^①而且，第 6 条、第 7 条是否适用于企业产权改制完成后的投资行为也不明朗。^②如果将其理解为“债随企业财产变动原则”的体现，在处理债务的问题上，区别对待企业产权改制与非企业产权改制的投资行为并无合理理由，而且，关于何为企业改制其概念本身不够清晰。^③

① 在审判实践中，法院屡屡遇到这种难题。最高院在其一判决 [徐瑞柏：《区分企业合法投资行为与转移财产逃废债务的界限——中国工商银行鸡西市分行与鸡西市煤炭公司、黑龙江天源煤炭股份有限公司借款合同纠纷上诉案》，见奚晓明主编：《民商事审判指导》（2004 年·第 1 辑），北京，人民法院出版社，2004] 以出资所占本企业比例为标准，认为债务人用于设立新公司的出资仅占其“全部有效资产的 2.51%，属于企业的正常投资行为”，不属于“企业以其优质财产与他人组建新公司，而将债务留在原企业”的情形。最高院在其另一判决 [王宪森：《企业改制司法解释第六、七条的适用及改制企业转让股权是否影响新设公司承担责任——中国建设银行山东省分行与山东禹城中农润田化工有限公司、山东兴禹化工集团公司等借款合同纠纷上诉案》，见奚晓明主编：《民商事审判指导》（2004 年·第 2 辑），北京，人民法院出版社，2005] 则主张不能从数量或者比例上来区分企业改制和转投资行为时，只能从性质上来进行区分，认为改制经过当地政府部门批准，作为界定其适用司法解释的根据。

② 在国家开发银行诉沈阳高压开关有限责任公司等一案 [最高人民法院判决（2008）民二终字第 23 号] 中曾涉及该问题，但主审法官并未就此进行正面回答。

③ 参见彭冰：《“债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护》，载《法律科学》，2008（6）。

对此,有学者依据后来最高院某权威法官关于适用以上两条的说明^①,认为第6条实质为企业破产前针对个别债权人优惠性清偿的救济措施规定,且在司法实践中容易引起适用上的混乱与困惑,故没有必要继续存在,应以《破产法》第32条的规定取而代之。第7条则可保留,但其适用范围应限定为债务人企业假借改制之名,行转移优质资产、恶意逃废企业债务之实的违法行为。^②

综上所述,改制司法解释存在着概念不清、逻辑不严密、前后不一致、适用范围不明、条文内容自相矛盾等诸多问题,尽管如此,仍可从其规定内容中总结出最高院的一般原则与指导思想。即改制司法解释总体上以“债随企业财产变动原则”为理论根据,确定了营业受让人对于营业债务的清偿责任,除非转让当事人之间对债务的除外有特别约定,并经债权人认可。可是,最高院在具体的制度设计中,却显得并不是那么坚决,其似乎仅肯定了受让人转让全部营业情形下的受让人的清偿责任(如改制司法解释第24条),而对于营业的部分转让,则将受让人清偿责任的情形限定为债务人无力清偿债务、恶意逃债等情形(如改制司法解释第6条、第7条)。这说明最高院在制定该解释时并未彻底地贯彻其所确立的“债随企业财产变动原则”,造成这一矛盾的原因之一可能在于,如果将“债随企业财产变动原则”适用于合法的出资行为,难免会干扰正常的经济活动,故有必要对其适用情形加以限定。^③其次,“债随企业财产变动原则”本身在理论上缺乏正当性。该原则并非民法学上的经典理论,而是由我国经济实务界基于其自身需要提出,由法院予以确认的一种产物,其理论基础被阐释为企业法人财产原则,即企业法人的财产是企业法人对外承担债务的一般担保。可是,该原则遭到了学者们的尖锐批评,有学者指出,这其实是对企业法人对外承担债务一般担保的误解,因为所谓企业财产的一般担保,只是对企业独立财产原则的一种表述而已,并非真正具有担保的性质,而“债随企业财产变动原则”

① 参加奚晓明:《充分发挥民商事审判职能作用为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话》,见奚晓明主编:《民商事审判指导》(2007年·第1辑),北京,人民法院出版社,2007。

② 参见彭冰:《“债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护》,载《法律科学》,2008(6)。

③ 参见奚晓明:《充分发挥民商事审判职能作用为构建社会主义和谐社会提供司法保障——在全国民商事审判工作会议上的讲话》,见奚晓明主编:《民商事审判指导》(2007年·第1辑)。

要求受让财产的企业在其接受财产范围内对转让企业的债务承担连带责任，则实际上创设了一种超级担保权益——既具有扩展债务人范围的人保性质，又具有追及变动财产的物保优先性。^①

如前所述，由于改制司法解释的上述条文存在着概念不清、前后矛盾、适用范围不明等诸多问题，法院在审判中对于具体应适用哪个条文相当混乱。^② 鉴于此，在工商银行山东分行诉信诚公司等借款合同纠纷案中，最高人民法院主审法官则干脆抛开了具体条文的适用，而直接笼统适用“债随企业财产变动原则”，肯定了受让公司的连带责任，从而避开了适用具体条文的困惑。而该判决书被登载于《最高人民法院公报》，表明该处理方法得到了最高人民法院的认同。

在该案中，山东工行于1996年至1998年累计向化肥厂贷款3850万元，化肥厂、职工持股会和其他几家投资方于1999年共同发起设立信诚公司，其中，化肥厂投入信诚公司实物资产7772万元，并同时转入负债4812万元，以净资产2960万元作为其对信诚公司的出资，占信诚公司所受出资的74%；在信诚公司成立后，化肥厂又将其所有的资产96531146.46元转让给信诚公司，同时将等额债务转让给信诚公司；上述两批债务转让均不包括山东工行的债务。山东工行向山东省院提起诉讼，主张信诚公司应对其债务承担连带责任。一审法院认为上述行为应适用改制司法解释第6条的规定，支持了原告的该项主张。可是，在二审判决中，最高院主审法官并未具体指出上述行为究竟应适用改制司法解释中的哪条规定，而是笼统地适用“债随企业财产变动原则”，其如是主张：“改制企业转移债务，未经转移债务债权人同意，不发生债务转移的法律后果，债务仍由改制企业承担。改制企业如将部分财产转移给新设公司的，按照法人财产原则，由新设公司在所接收财产范围内与改制企业承担连带民事责任。未转移债务的债权人仍有权按照合同相对性原则和法人财产原则，要求改制企业和接收改制企业财产的新公司承担相应的偿还责任。”

由此可见，在审判实践中，由于改制司法解释条文在适用上的困惑，其事实上已成为摆设，而“债随企业财产变动原则”则作为法官审案的

① 参见彭冰：《“债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护》，载《法律科学》，2008（6），150页；王军：《评“企业债务随企业财产变动原则”——法释[2003]1号司法解释的一个理论误区》，载《法学》，2007（12），139页。

② 有关法院在适用该司法解释时的窘境，参见彭冰：《“债随物走原则”的重构与发展——企业重大资产出售中的债权人保护》，载《法律科学》，2008（6），150~153页。

一项普通原则得到了确立。可是，按照对该原则的合理解释，受让人只要受让了企业的财产，就应承担原债务，而不必区分以改制为名的企业财产出资行为与其他出资行为。如果是这样，企业岂不是无法进行正常的投资与财产转让？因此，如何把握对非改制的正常投资行为的适用将会是法官适用这一原则的最大难题。

（四）基于外观保护法理而对债权人予以保护的审判探索

有趣的是，我国虽无以续用商号为标准对受让人课以责任的规定，但近来也出现了法官基于与德日类似的外观信赖保护法理而肯定受让人责任的判例，该现象耐人寻味。

新世纪大酒店系个人独资企业，2004年5月20日，朱关俊作为甲方与作为乙方的杨某某签订了企业购并合同。该合同约定甲方将新世纪大酒店的净资产所有权和承包经营权以70万元价格出售给乙方。合同还约定，该酒店之前的一切债权债务由甲方负责，此后的债权债务均由乙方负责。2004年7月1日，新世纪大酒店的投资人由朱关俊依法变更为杨某某，名称仍然沿用，新世纪大酒店继续照常营业。在朱关俊经营新世纪大酒店期间，原告许某某便与该酒店建立了蔬菜供应关系。而在杨某某经营该酒店期间，仍然保持了与原告的供应关系。由于新世纪大酒店拖欠原告的蔬菜款，原告向法院请求判令被告杨某某清偿所欠蔬菜款。而被告则主张其中部分款项系原投资人朱关俊所欠，应由朱关俊承担。

一审法院认为，新世纪大酒店投资主体变更后，原告继续与酒店发生蔬菜买卖关系，这种关系较投资人与原告之间的关系来说更为密切。原告信赖的交易方是新世纪大酒店而不是企业背后的投资人。并且，被告主张新世纪大酒店于2004年7月1日经过工商部门的变更登记，公章已经销毁，但是原投资人朱关俊此后仍然持有并使用新世纪大酒店的公章。被告没有尽到在企业转让时将原企业公章销毁的义务，原告有理由相信自己的交易对象还是原新世纪大酒店，这一点也可以作为原告向被告主张债权的理由。因此，新世纪大酒店转让前欠原告的蔬菜款由被告杨某某承担，被告在承担债务后可根据其与原投资人朱关俊间的约定另行主张权利。^①

^① 参见《宿迁市宿城区人民法院（2006）宿城民二初字第66号》。资料来源：朱培文：《个人独资企业转让后的债务承担问题》，见东方法眼 <http://www.dffy.com/sifashijian/sw/200711/20071127190448.htm>。

二审法院支持了一审法院的结论，认为，被上诉人许某某作为一名向新世纪大酒店供应蔬菜的个体经营户，不能要求其完全知悉独资企业的投资人与企业之间的关系，其信赖的是买受方“新世纪大酒店”。在新世纪大酒店的投资人发生变更后，上诉人也没有向被上诉人明示其投资人的变更，而继续与被上诉人保持蔬菜买卖合同关系，且原投资人朱关俊仍然持有新世纪大酒店的公章。因此，被上诉人主张的因蔬菜买卖合同关系而产生的债务呈连续状态。上诉人与朱关俊之间的债权债务转移不能对抗善意第三人许某某，故该债务应由上诉人杨某某承担清偿责任。^①

尽管无法律上的明文规定，该案的一审、二审仍均以债权人对原商号“新世纪大酒店”的外观信赖为由肯定了受让人的责任，这与德日的有关规定及其所体现的法理不谋而合，体现了我国法官也存在着以外观信赖保护法理保护债权人的意向。不过，该案的特殊之处在于被转让对象为非法人的个人独资企业，一审法官在判决书中也强调应对这类企业的债权人给予倾向性保护，故该判决所阐述的法理是否也可适用于一般法人企业尚存疑问。但是，从该案的一审及二审来看，其说理似乎与企业的形态无关，外观保护的法理同样也可用于其他的法人企业；而且，该一审法官虽然强调应倾斜性地保护个人独资企业的债权人，但并未给出令人信服的理由，恰恰相反，因个人独资企业的投资人承担的是无限责任，其债权人所受的保护本就优于一般法人企业的债权人。

（五）小结

依据我国现行民商法的一般规定与学理解释，在营业转让当事人之间约定转移债务的，债权人可向受让人请求清偿债务；在转让当事人之间约定不转移债务或对转移债务没有约定的，债权人无权向受让人请求清偿债务。在后两种情形下，债权人可利用合同法上的撤销权、破产法上的撤销权、法人格的否认以及公司分立中各公司的连带责任规定等实现救济，可这些规定及法理均存在着适用上的障碍与限制，且依赖于法官的自由裁量。因此，依据现行的立法规定及学说理论显然无法充分地

^① 参见《宿迁市中级人民法院（2006）宿中民二终字第169号》。资料来源：朱培文：《个人独资企业转让后的债务承担问题》，见东方法眼 <http://www.dffy.com/sifashijian/sw/200711/20071127190448.htm>。