

论建立我国企业购并的法律体系

钟瑞栋¹, 杨文森²

(1. 厦门大学法学院, 福建 厦门 361005; 2. 江西省瑞金市人民检察院, 江西 瑞金 342513)

[摘要] 从探讨企业购并的法律涵义入手, 进而分析企业购并的法律性质和特征, 以及企业购并中存在的主要问题, 在此基础上, 提出了对建立我国企业购并法律体系的初步构想。

[关键词] 企业购并; 法律涵义; 法律性质; 法律体系

[中图分类号] D922.29

[文献标识码] A

[文章编号] 1007-9556(2000)04-0103-04

On Establishing the Law System of Enterprise Merger of Our Country

ZHONG Rui - dong¹, YANG Wen - sen²

(1. Law College of Xiamen University, Xiamen 361005, China;

2. People's Procuratorate of the City of Ruijin, Ruijin 342513, China)

Abstract: In this article the author starts from discussing the meaning of law of enterprise annexation, further analyses the nature of law and characteristics of enterprise annexation and the principal problems exists in enterprise annexation, on this basis put forward the preliminary thought concerning establishing the law system of enterprise annexation of our country.

Key Words: enterprise annexation (merger); the meaning of law; the nature of law; the system of law

随着我国社会主义市场经济的不断发展, 企业购并在我国正成为一股方兴未艾的潮流。据不完全统计, 从1986年至1996年十年间, 共发生企业兼并与重组20000余起, 且呈逐年上升趋势。1997年, 国内市场的企业购并活动更加活跃。与风潮迭起的购并浪潮极不相适应的是, 我国有关企业合并的法律极不完善, 导致购并活动无法可依, 出现许多扭曲, 失范现象, 致使企业购并应有的经济效益和社会效益无法实现, 影响了市场经济的有效运行和健康发展。为此, 本文拟就企业购并的法律涵义, 法律性质的特征、企业购并中存在的问题、特别是关于建立我国企业购并法律体系的构想等作一初步探讨, 以期对我国企业购并法律制度的建立和完善有所裨益。

一、企业购并的法律涵义

购并是个外来词。作为一个法律用语, 购并具有多种涵义。英文中与购并有关的词汇有MERGER, AQUISITION, TAKE OVER, TENDER OFFER, PURCHASE等。MERGER即吸收合并, 指一家企业被另一家企业所吸收, 后者保留其名称及独立性并获得前者的财产、责任、特权及其它权利, 前者丧失独立的法人地位。AQUISITION是指获得特定财产所

有权的行为。AL KE OVER主要指谋取某企业的控制权和经营权的行。TENDER OFFER是一公司为获得他公司的控制权, 而通过新闻广告或信函形式向他公司的股东发出的购买股份要约。PURCHASE是指基于合理的对价(CONSIDERATION), 通过自愿和协议形式, 财产从一个人转移到另一个人的行为。可见, 要明确购并的涵义, 仅仅对购并语义进行简单罗列是不够的, 还需要结合具体语言环境来分析。本文认为, 企业购并(MERGER AND AQUISITION M & A)是企业收购和兼并的统称, 前者是指一家企业通过公开收购另一家企业一定数量的股份而获取该企业控制权和经营权的行; 后者是指在竞争中占优势的企业购买其他企业的全部财产, 合并组成一家企业的行为。

二、企业购并的法律性质和特征

通过对企业购并的法律涵义的考察可以看出, 虽然“购并”一词具有多种涵义, 从不同角度可以得出不同的理解。但究其本质, 企业购并乃是一种企业产权有偿转让的民事法律行为。其本质属性是企业之间的控制与反控制关系。作为一种特殊的民事法律行为, 企业购并除具有民事法律行为的一般特征(如主

[收稿日期] 2000-04-12

[作者简介] 钟瑞栋(1969-), 男, 江西瑞金人, 厦门大学法学院博士生; 杨文森(1970-), 男, 江西瑞金人, 江西省瑞金市人民检察院。

体地位平等,以意思表示为要素,行为的内容和形式合法等)外,还具有如下法律特征:

第一,购并行为的主体只能是企业。顾名思义,企业购并的主体当然只能是企业。自然人、个体工商户和政府均不能成为企业购并的行为主体。这与一般民事法律行为的主体可以是自然人、个体工商户、法人、其他经济组织以及(特定情况下如发行国库券等)政府显然不同。1989年12月19日国家体改委、国家计委、财政部、国有资产管理局联合发布的《关于企业兼并的暂行办法》第一条规定:“本办法所称企业兼并,是指一个企业购买其他企业的产权,使其他企业丧失法人资格或改变实体的一种行为。”我国《公司法》第七章的有关规定也表明,公司的合并只能在公司之间进行。

第二,购并的客体是目标企业的产权或经营权。企业购并的目的是取得目标企业的经营控制权(MANAGEMENT CONTROL)或产权(PROPERTY RIGHTS),从而将其直接或间接地纳入自身所属企业的控制之下,实现企业购并的经营协同效应、财务协同效应和市场份额效应等战略目标,使购并双方在改善经营管理、降低成本、提高经济效益、增强技术优势和市场竞争力等方面,都得到极大改进。因此,目标企业的产权或经营控制权便理所当然成为企业购并法律关系的客体。这与一般民事法律行为相比,可谓大异其趣。

第三,购并中产生的权利,义务关系复杂。企业形态多种多样、购并过程复杂、繁琐,必然要求购并行为必须受多个法律部门从不同层次、不同角度加以调整,从而产生各种不同的法律关系,即权利义务关系。首先,购并方为使购并过程合法、有效,必须遵守购并程序规范的规定,从而产生购并程序法律关系;同时,购并方为使所获控制权或产权无瑕疵(如被购方的某一财产已用于他人债权担保即他人已对该财产享有优先权),必须遵守购并实体规范的规定,从而产生购并实体法律关系。因此,企业购并可能涉及民法、公司法、证券法、产权交易法、金融法、会计法、劳动法、社会保障法、反垄断法和反不正当竞争法以及民事诉讼法等法域,形成各种复杂的法律关系,包括民事法律关系、经济法律关系、诉讼法律关系乃至行政及刑事法律关系等。可以说,购并是法律层面影响和调整极广的法律行为。权利义务关系之复杂,可见一斑。

三、我国企业购并中存在的主要问题

如上所述,企业购并是一种极其复杂的民事法律行为。它不仅涉及大量金钱交易(以现款、债券或股票的形式),而且极大地影响了资本市场、劳动力市场、产品或产品市场,引发了许多与企业、市场、政策

和法律有关的问题。企业购并在西方已经历了一百多年的历史,形成了一整套比较成熟的机制。但在我国还只是处于起步阶段,不可避免地存在许多由于原有体制所造成的问题:

第一,产权界定不明。企业购并是产权交易的一种形式,必须以清晰、完整的产权归属为前提。否则,企业购并的目的难以实现,或者虽购并“成功”,但留下诸多“后遗症”。在我国现阶段,非公有制经济(私营企业、外资企业和股份制企业)的产权基本明确,但公有制经济(国有企业、集体企业)的产权不明确的问题十分突出,导致购并中的大量国有资产流失。

第二,购并行为变异。从本质上讲,“购并”是企业的一种投资行业。“资本是要追求最大利润的。资本不是划拨,资本不是恩赐,资本也不是济贫。”因此,政府不宜直接干预。在发达国家,即使政府参与企业购并,更多的也是通过中介机构来进行的,如英国政府成立的产业重组公司(IRC)。但在我国,由于政企不分、政资不分的状况没有根本改变,企业购并在某种程度上更多表现为政府外部推动的特征。政府部门直接参与企业购并活动,必然导致以非经济目标代替经济目标,过分强调“优帮劣、强管弱、富扶贫”的解困行为。通过“劫富济贫”式的兼并和行政撮合,把劣势企业和亏损企业的人员、负债一起压在优势企业身上,使企业购并偏离资本最大化的目标而扭曲变形,违背了产权交易的市场规则,阻碍了资源的优化配置。

第三,资产评估不规范。科学的资产评估是产权交易的起点,而且由于它奠定了产权交易的价格基础,所以它是整个交易环节中至关重要的一环。资产评估牵涉到有形资产和无形资产的评估。从目前情况看,我们不仅在有形资产的评估上还缺乏足够的经验,对无形资产(如商标、商誉、专利、市场、销售系统、融资条件、土地使用权等)的估价更是一片空白。资产评估极不规范、随意性大,导致评估结果缺乏公正性和权威性,甚至发生不同的评估机构对同一企业的评估结果相差数倍的情况。这种状况严重影响了产权的合理流动。

第四,购并市场环境不完善。西方企业购并大多是在证券市场上完成的。股市上的企业买卖是一种纯粹的市场行为,绕开了来自政府干预的超经济行为的阻力。在我国,由于证券市场先天不足——国家股和法人股不能上市流通,在相当程度上限制了企业间大规模的产权交易。1993年的“宝延事件”虽曾一度引发了股市收购的浪潮,但这些购并行为均是在一个不成熟的市场条件下进行,在一个证券市场无论从技术上还是法律监管上都尚处于发育阶段的条件下进

行的,还有许多成熟证券市场应用的购并手段和技术都没有得到认识和应用加上我国现有的证券方面的法规严重滞后,规范购并的法规过于简单,缺乏可操作性。我国证券交易所使用的信息披露设备也很不完善。特别重要的是,我国的社会保障制度极不完善。企业购并后不可避免地会产生富余人员。如何解决这些人员的安置问题,已成了企业购并过程中最大障碍之一。

第五,购并法律不健全。美国的企业购并之所以一浪高过一浪,并对美国经济的发展起着巨大的推动作用,与其健全的法律分不开的。我国的企业购并存在许多漏洞,其中最突出的是法律不健全。对企业购并,各国均有专门的法律,如美国的《威廉姆士法案》、英国《伦敦城收购与兼并守则》。而我国迄今尚未有专门的收购与兼并法出台,与之配套的相关法律也极不完善。1988年以来,我国各地先后制定了一系列有关企业购并的地方性企业兼并市场实施方案、《成都市关于推动企业兼并实行产权合理转让的试行意见》等,但全国性的统一立法尚付之阙如。目前仍在实施的《关于企业兼并的暂行办法》是1989年由国家四部委联合发布的部门规章,缺乏权威性和可操作性。此外,有关政策和法律也有许多不一致之处。这种立法滞后的状况极不利于企业产权的合理化、规范化流动。

四、关于建立我国企业购并法律体系的构想

大量的企业购并实践,急切呼唤企业购并法律体系的建立。理论和实践反复证明,企业购并要真正达到资源最优配置、效益最大化的目的,就必然要求其过程始终处于法律的监督和保护之下。只有这样,才能避免借企业购并之名,行中饱私囊之实,才能防止和避免国有资产大量流失,维护投资人、债权人以及经营者和职工的利益。上述企业购并中的种种问题之所以产生,原因固然是多方面的,最根本的是法制不健全。由于企业购并在我国的发展时间不长、经验不足,因此,要使企业购并规范、有序地进行,需要有一系列的相关法律共同发挥法律的引导、规制和保障功能,建立起切合我国实际的企业购并法律体系,使企业购并走上规范化、法治化的道路。笔者认为,我国企业购并法律体系至少应包括以下内容。

(一) 制定全国统一的《企业购并基本法》

任何法律体系的建立,都必须有一部“母法”来统率。因此,要建立企业购并的法律体系,首先必须制定《企业购并基本法》以此作为企业购并法律体系的统率和核心。这也是企业购并相关法律的立法依据和基础。笔者认为,作为企业购并之“母法”的《企业购并基本法》应包括以下主要内容:

1、总则。规定:(1)立法目的和依据。(2)企业购并的涵义。(3)企业购并的基本原则。(4)企业购并的构成要件。(5)企业购并的类型。(6)跨所有制企业购并后的企业性质及产权归属。(7)企业购并的限制与禁止。(8)政府在企业购并中的职能。(9)企业购并法的适用范围。

2、购并程序。主要规定如下几个程序:(1)购并双方的董事会各自通过有关购并的决议。(2)董事会将通过的购并决议提交股东大会讨论批准。(3)签订购并合同,并交董事会和股东大会批准。(4)在法定期限内到政府有关部门审批、登记。

3、购并合同。主要规定:(1)合同的成立要件。(2)职工的就业和分流。(3)职工的工资、福利、医疗保险、劳动保护。(4)下岗职工的生活安置。(5)职工的养老金和退休金。

4、职工安置。职工安置是企业购并中的最大难题之一,因此应单独予以规定。主要包括:(1)职工安置的基本原则。(2)职工的就业和分流。(3)职工的工资、福利、医疗保险、劳动保护。(4)下岗职工的生活安置。(5)职工的养老金和退休金。

5、中介机构的权利、义务。主要规定:(1)资产评估机构的条件及其权利和义务。(2)律师在购并中的权利与义务。(3)公证机构在购并中的权利与义务。

6、法律责任。主要包括民事责任、行政责任和刑事责任三种。

7、涉外企业购并的法律适用。

8、附则。

(二) 完善购并主体法

对购并主体的法律规制,除了在《企业购并基本法》中作出一般性的规定外,还应在《企业法》和《公司法》中作出具体规定。这不仅是购并主体法定化的需要,也是实现法制统一的内在要求。《全民所有制工业企业法》只对企业合并的批准、合并时的债权债务清理,合并的登记作了笼统规定,实际操作性不强。而集体企业和私营企业有关购并方面的立法更几乎是一片空白。因此,在修订上述企业法时,应完善有关企业购并的法律规定,使之具体化,便于操作。《公司法》虽对涉及企业兼并的出资、股份转让和公司合并作出了明确规定,但它对公司之间的控股式兼并和吸收股份式兼并没有设置相应的条款。在修订《合同法》时应增设此项内容。

(三) 完善购并行为法

对购并行为的法律规制,是《合同法》、《证券法》、《产权交易法》和《反垄断法》的共同任务。而我国这方面的法律很不完善,许多领域甚至处于无法可依的状态。因此,急需加紧这方面的立法工作。鉴于篇幅

所限,本文着重探讨《证券法》和《反垄断法》对购并行为的规制问题。

1. 制定《证券法》。《证券法》应规定以下内容:(1)持股申报限度。(2)收购要约及法律效力。(3)对收购结果的处理。(4)对被收购公司持不同意见的少数持股者的保护。(5)对被收购公司的保护等。

2. 制定《反垄断法》。企业购并必然引起人们对垄断的担忧,尤其是我国企业购并是在市场机制尚未得到充分发育,各企业之间还不能展开完全平等竞争的条件起步的。而我国的《反不正当竞争法》也未对企业购并的法律限制作出明文规定。因此,为了防止企业购并的垄断倾向,制定《反垄断法》已势在必行。笔者认为,防止因企业购并带来的垄断,大致可以从实体和程序两方面加以规制。

(1) 实体方面。主要规定:其一,企业购并的合理限度。可参照国外采用的资产价值标准、市场份额和市场集中度来判断企业购并后是否会形成垄断或实质上限制竞争,并以此确认购并是否具有经济合理性。其二,除外条款。可以采取列举的方式规定某些

购并行为可不适用反垄断法。如出口创汇大的企业的独家垄断和某些国家自然垄断企业,均可适用除外条款。

(2) 程序方面:主要规定企业购并的申报、审批制度。由负责管理企业购并的专门机构进行审查合格后,企业购并方能产生法律效力。

(四) 完善企业购并的配套法律制度

要使企业购并行为规范、有序地进行,除了建立上述法律外,还需要建立一整套相关法律制度,才能为购并创造良好的外部条件。前已述及,企业购并涉及职工安置、工资、社会保险、金融、税收、价格和资产评估等一系列的法律问题。因此,在立法方面,必须尽快完善劳动法、社会保障法、金融法、税法、价格法以及资产评估方面的法律;同时,在政策上,宜采取灵活措施,推进和完善再就业工程。对某些购并行为实行优惠措施,如税收减免、提供低息或无息贷款等。

总之,只有创设一整套严格的法律制度,对企业购并实行有效控制,才能使企业购并真正走上规范化、法治化的道路。

[参 考 文 献]

- [1] 武仁,卢丽. 中国企业:面对资产重组浪潮[J]. 企业研究,1997,(12).
 [2] 郭富青. 论我国企业兼并的规范与法制化[J]. 法律科学,1997,(4).
 [3] 梅慎实. 公司收购与兼并法律分析[J]. 政法论坛,1995,(4).
 [4] 江平. 现代企业的核心是资本企业[J]. 中国法学,1997,(6).
 [5] 陈共,周开业,吴晓求. 公司购并原理与案例[M]. 北京:中国人民大学出版社,1996.

[责任编辑:冯霞]

(上接第102页)

而是将持票人的票据权利转化为持票人的民事权利。故可以请求发票人或承兑人返还不当得利。但笔者认为,我国《票据法》第18条规定“持票人因超过票据权利时效或者因票据记载欠缺而丧失票据权利的,仍享有民事权利,可以请求出票人或承兑人返还其与支付的票据金额相当的利益。”日本、德国规定,发生利益偿还请求权要件有两个:(1)持票人超过票据权利的时效丧失票据权利的;(2)持票人因票据手续欠缺丧失票据权利的。很显然,二者在第二种情况下的规定不同。根据票据法的一般理论和国内外的立法实践,持票人因超过票据权利时效丧失的票据权利是持票人的付款请求权和追索权,持票人因手续欠缺丧失的票据权利是持票人的追索权^[1]。根据我国《票据法》第22条第2款、第76条第2款、第85条第2款

的规定,持票人因票据记载事项欠缺不可取得票据权利,因为欠缺记载事项的票据是无效票据,因而就谈不上丧失票据权利,但基于票据关系与票据原因关系的相互独立性,所以我国《票据法》规定持票人仍享有民事权利。因此,并不是将票据权利转化为民事权利,而是持票人的民事权利本来就存在,因为持票人民事权利是基于票据的基础关系而产生的,票据权利与民事权利分离,但票据权利不存在时,并不影响民事权利的独立存在,民事权利亦不会影响票据权利。因此,票据权利丧失后,民事权利本已存在,不存在转化的问题,因此,当票据权利丧失后,持票人应基于票据的基础关系,请求债务人履行债务。因为持票人所行使的请求权,是基于原债的关系,而不是基于不当得利制度。

[参 考 文 献]

- [1] 余振龙,姚思慈. 国外票据法[M]. 上海:上海社会科学出版社,1991.
 [2] 赵威. 票据权利研究[M]. [出版地不详]:法律出版社,1997. 247-248,261.

[责任编辑:崔学兰]