

理律文教基金会丛书

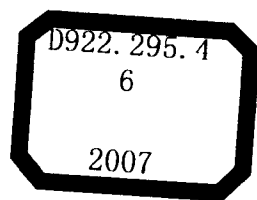
TRANSNATIONAL FINANCIAL
AND ECONOMIC LAW
FOR ENTREPRENEURS

企业家跨国财经法

陈长文 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



理律文教基金会丛书

TRANSNATIONAL FINANCIAL
AND ECONOMIC LAW
FOR ENTREPRENEURS

企业家跨国财经法

陈长文 主编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业家跨国财经法/陈长文主编. —北京:法律出版社,2007.3

ISBN 978-7-5036-7196-8

I. 企… II. 陈… III. 涉外经济法—研究—中国 IV. D922.295.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第029455号

© 法律出版社·中国

企业家跨国财经法

陈长文主编

责任编辑 徐雨衡

刘伟俊

装帧设计 乔智炜

开本 787×1092毫米 1/16

版本 2007年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 38.5 字数 541千

印次 2007年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7196-8

定价:78.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主编的话

——既是桥,也是目的的财经法律书

陈长文



主编的话

有一则轶闻,传说成吉思汗在统率蒙古军时,颁布了一个严格的军律叫做“雅萨法典”,由于这本律法既没有留下原文也没有抄本,其真实性无法确认,不过据说,在该军律中有一个很奇特的规定,就是:“传回不祥情报者斩。”于是,一些倒霉的探子,传回噩耗的同时,也得陪上性命。

许多华人企业经营者在面对复杂的法律问题时,不知不觉地会有和成吉思汗一样的心态,把企业法务或律师顾问的咨询意见,视为专门传达噩耗的讨厌探子,敬而远之。但可惜的是,成吉思汗统率驽悍的游牧军队横冲直撞的丰功伟业,不适用现代法律精致规范的商业与社会环境,对现代的企业经营者而言,一个不谨慎的、忽视法律咨询的决定,不仅可能造成企业的重大损失或倒闭,也会产生经营阶层个人的责任。因此,建立企业经营者基本的财经法律概念,可以说是企业要追求成功永续的一个基本课题。

虽然,一般企业经营者在学习企业管理时,对于法律的认识多半较为欠缺,但这不能作为忽视法律的借口。特别是在全球化以及知识经济的时代,企业的一举一动,可以说无一不受法律的紧密规范,因此,拥有法律思维,特别是超国界的法律思维,可以说是现代企业的管理者的必备能力。

我很喜欢德国哲学家尼采(Friedrich Wilhelm Nietzsche, 1844 ~ 1900)曾说的一句话:“人类之伟大处,正在于它是一座桥而不是目的。”人类到底只是一个代表联结的“桥”,或者人类就是世界存在的“目的”呢? 这个

哲学争论,恐怕永远没有绝对正确的答案。

尼采的话,与这本书有什么关系呢?其实没有关系,我只是用尼采这句名言的语言逻辑,点出这本书的特色,基本上,我觉得本书既有“桥”的功能,也有“目的”的功能。

先从桥的功能来说,虽然在形式上,本书仍然是“法律”书,但其实质的目的,是要在“法律”与“企业经营”之间,搭起一个桥梁。这个桥梁,是希望企业经营者,透过本书,对于攸关企业生存、利基至钜的“财经法律”能建立初步的了解与认识。从这个角度来说,本书是一座“桥”。换言之,本书的目的之一,是希望给没有正式学习法律,但必须面临法律问题的企业经理人或政策制定者,提供财经法律的宏观概念,以便有效处理法律问题,或将法律纳入企业策略及财经政策,以提升竞争力。

然而,本书透过理律律师事务所执业经验丰富、对各领域法律问题均有深入研究的作者群,对各种类型的企业法律问题提供精辟实用的见解,若从实际解决企业所可能面临的财经法律问题的角度来看,本书则又带有“目的”功能。

两岸虽然分隔已久,但情同手足,不管在经济领域或法制领域上,台湾的发展正可供中国内地借镜,有鉴于此,理律律师事务所(欢迎浏览网站 www.leeandli.com),作为台湾规模最大、历史悠久,形象业已备受肯定的法律事务所,特别以抛砖引玉的心情,就“财经法律”的相关议题,以理律同仁处理企业经营与财经法律的相关实务经验,尤其是跨国性法律事务之处理经验,佐以各企业相关法律的最新理论与国际立法趋势,引用相关的实例深入讨论,并咨询中国内地的法律专家,着手撰写本书。希望这本既是桥,也是目的财经法律书,能协助企业经营者建立对财经法律的宏观认识,并实际地为读者解决在经营企业时,所遭遇的各种类型的财经法律问题。

最后,本书之成,除感谢各篇章之编审委员外,需特别感谢北京清华大学法学院崔国斌博士及北京大学法学院博士班候选人谢英士,在本书出版之规划协调及各篇章内容精进充实之鼎力协助,特表谢忱。



企业家跨
国财经法

企业家跨国财经法编审委员

财经法律总论	陈长文(主编)
跨国并购的法律问题分析	刘瑞霖
公司跨国融资	刘瑞霖
国有企业改制与上市	张朝栋
中外合营事业法律规划——兼论外资准入相关议题	陈民强
企业与劳动者权益	蒋大中
跨国商事争议的解决	李念祖
反倾销实务	王 仲
企业特许及连锁经营的法律规划	蓝善德
知识产权法律问题分析	黄章典



陈长文

哈佛大学法学博士、
加拿大英属哥伦比亚大
学法学硕士、台湾大学
法学学士。

理律法律事务所执
行合伙人兼执行长、中

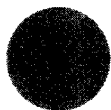
国台湾地区国际法学会理事长、财团法人
台北欧洲学校董事长、政治大学（台北）
兼任教授、中国北京大学光华管理学院及
中国清华大学经济管理学院财经法专题讲
座教授、浙江大学法学院及南京大学法学
院客座教授。是一位长期投入法学教育、
法制建设的教育工作者。

曾任海峡交流基金会首任秘书长，并
曾以红十字会（台湾地区）秘书长的身分，
为两岸交流破冰，签署历史性的两岸协议
——“金门协议”。是一位关心两岸问题的
自由主义、和平主义者。

作者长期担任红十字会义工，现为红
十字会总会会长（台湾地区），积极投入人
道服务、国际援助工作，关心人权议题及
弱势团体权益。

目录 / Catalogue

财经法律总论	1
一、中国财经与法律发展综述	1
二、法律制度概述	18
三、法律体系简介	25
四、法律在现代经济社会的功能——兼述重要财经法律原则	29
五、展望中国社会的法治前景	36
六、企业经营者应具备的基本法律认识	39
七、超国界法律问题	43
八、企业的社会责任	45
九、法律风险管理和法律咨询	48
十、善用法律经营企业	50
十一、本书主要章节介绍	51
 跨国并购的法律问题分析	 55
一、跨国并购法律制度简介	57
二、跨国并购的公司法制度重点研讨	74
三、跨国并购涉及的证券法重要问题	80
四、跨国并购中反垄断法重要问题及案例研讨	92
五、企业跨国并购涉及的其他法律问题	99
六、企业跨国并购的内部管理和相关筹划	105
 公司跨国融资	 118
一、公司跨国融资法律制度简介	120



二、国际借贷融资制度重点研讨	129
三、国际证券融资法律制度重要问题及案例研讨	140
四、国际融资租赁法重要问题及案例研讨	153

国有企业改制与上市 164

一、国有企业改制概述	166
二、公司化改制重点研讨	177
三、国企改制上市重点研讨	227

中外合营事业法律规划——兼论外资准入相关议题 265

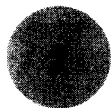
一、中外合营事业法律制度简介	267
二、外资准入问题重点研讨	279
三、中外合营合同的谈判与执行	289
四、结语	302

企业与劳动者权益 328

一、前言	329
二、劳动关系之基本权利与义务	330
三、劳动合同	332
四、集体合同	337
五、劳动合同之无效、终止与解除	339
六、工作时间、休息及休假	344
七、工资	346

跨国商事争议的解决 349

一、跨国商事争议法律制度简介	352
二、跨国商事仲裁制度重点研讨	362
三、世界贸易组织争端解决机制重点研讨	378
四、跨国商事诉讼制度重点探讨	393



五、附件:跨国商事争议案例原文	411
反倾销实务	432
一、反倾销法制度简介	435
二、反倾销应诉重点研讨	451
三、反倾销申诉重点研讨	480
企业特许及连锁经营的法律规划	488
一、企业特许及连锁经营法律制度简介	490
二、企业特许及连锁经营的一般法律问题及案例研讨	505
三、特许经营中重点问题及案例研讨	515
知识产权法律问题分析	533
一、知识产权法制度简介	538
二、专利法重点研讨	558
三、著作权法重点研讨	567
四、商标法重点研讨	574
五、商业秘密保护重点问题研讨——竞业禁止	581
六、企业知识产权管理	584
七、结论	604



财经法律总论



财经
法律总论

一、中国财经与法律发展综述

(一) 宪法变迁与企业发展

二十多年来,中国的改革开放取得了举世瞩目的成就,从计划经济到市场经济,从单一体制到多种所有制并存,都被认为是具有划时代意义的创新。然而,中国的改革始终是一条摸着石头过河的“渐进式”改革,每一次对体制层面和经济基础的变动都牵动整个国家的神经,也就是人民赖以生存的社会不可避免地会受到极大的冲击,因而需要有相关法律和制度的支持。法律演进与经济发展相辅相成,密不可分,尤其是作为一切组织与个人活动的根本准则的宪法,更是经济改革与发展的基本依据。为此,我们将首先通过追溯宪法的变迁来看中国经济法律的发展。

2004年3月14日,中国第十届全国人民代表大会第二次会议通过了《宪法修正案》。修改后的《宪法》第11条规定:“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”这是宪法自1999年后,再一次全面地将非公有制经济载入宪法,承认其具有宪法

上的地位,且正面的鼓励、支持非公有制经济,放在与公有制经济平等的地位并予以保护,体现了国家“大力发展和积极引导”的方针,依法实行的监督和管理为各类企业的发展进一步扫除了障碍,提供了健康稳定的生存环境和制度保障。

然而回首宪法的变迁过程,宪法对经济发展的保障和对企业的保护却是一个曲折的过程。1954年诞生的新中国第一部《宪法》强调全民所有制国营经济的主导地位和优先性,同时也承认经济成分的多元化,容许全民所有制的国营经济、集体所有制的合作社经济以及个体经营经济、私人资本主义经济和国家资本主义经济的并存(第5条、第10条)。但遗憾的是,这部宪法颁布还不到一年,接连不断的革命运动席卷中国,对工商业的发展基本持限制与改造的政策,使得1954年《宪法》的精义名存实亡。1978年,中共十一届三中全会将中国经济正式推向改革开放的轨道上,非公有制经济开始得到恢复和发展。1981年6月27日中共中央《关于建国以来党的若干历史问题的决议》明确指出:“国营和集体经济是中国基本的经济形式,一定范围的劳动者个体经济是公有制经济的必要补充。”据此,1982年,中国第五届全国人大五次会议通过了新的《宪法》,其中第11条规定:“在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的合法的权利和利益。国家通过行政管理,指导、帮助和监督个体经济。”宪法对个体经济提供了一定的保护,但并未开始经济体制的改革,其意义仅在于将中国从非正常的状态恢复到1954年的宪法体制,并反映出改革开放的政策。此时国家的重点仍然在于国有企业与集体企业的建设与发展,非公有制经济尚未纳入经济体系中,也未出现在宪法中。

1984年10月,中共十二届三中全会通过了中共中央《关于经济体制改革的决定》,明确指出社会主义经济是有计划的商品经济,突破了对商品经济对立排斥的传统观念,并指出“坚持多种经济形式和经营方式的共同发展,是我们长期的方针,是社会主义前进的需要”。1987年11月中共十三大明确提出鼓励发展个体经济、私营经济的方针。1988年4月12日中国第七届全国人大一次会议通过《宪法修正案》,《宪法》第11条增



加了“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理”的规定,确定了私营经济的法律地位和经济地位。同时,1988年4月13日通过的《全民所有制工业企业法》规定:“企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。”据此,企业经营的收益权和“依法”之外的处分权仍由国家保留。但这样的制度背景仍使企业的生存发展空间受到很大限制。

1992年12月中共十四大在报告中明确提出中国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制。此后,中共十四届三中全会通过了《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,将理顺产权关系、建立现代企业制度作为构建市场经济体制框架的基础和首要环节,建立现代企业制度的试点在国有企业中逐步展开。建立现代企业制度的目标是通过产权结构的改造,使国有企业成为“产权清晰,权责明确,政企分开,管理科学”的现代企业。在现代企业产权结构的制约下,政府不能再直接地控制和经营国有企业。它只能通过其代理人即国有资产管理公司或控股公司参与国有企业重大事宜的决策,并且这个决策受到所有者出资额和所持股份数额的限制。这些政策性规定被随后颁布的1993年《公司法》所吸收,在现代企业组织框架中,权利、责任和义务均由法律规定并受出资额和所持股份制约。公司(企业)法人财产权成为企业法人对其财产权利的法律属性。企业的决策由董事会成员讨论后通过表决作出,避免长官意志和个人意志独断专行。1993年《宪法修正案》明确规定国家实行社会主义市场经济,承认国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。这一阶段是中国基本经济制度和经济体制的根本转折点。

1997年9月中共十五大确立“公有制为主体、多种所有制经济共同发展,是中国社会主义初级阶段的一项基本经济制度”,确认了“非公有制经济是中国社会主义市场经济的重要组成部分。对个体、私营等非公有制经济要继续鼓励、引导,使之健康发展”。1999年3月15日中国第九届全国人大二次会议通过的《宪法修正案》第16条规定:“在法律规定



范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。”这次修改宪法第一次从宪法上规定了非公有制经济具有与公有制经济平等的法律地位,为此后国家制定一系列促进非公有制经济发展的政策措施和法律法规,提供了宪法上的依据。

2003年10月14日中共第十六届中央委员会第三次全体会议通过了中共中央《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》(以下简称《决定》)。《决定》要求大力发展和积极引导非公有制经济,“放宽市场准入,允许非公有资本进入法律法规未禁入的基础设施、公用事业及其他行业和领域。”这是改革开放25年来最具有标志性意义的一步。2004年的宪法修改把《决定》精神纳入其中,进一步明确非公有制经济不仅是个体经济和私营经济,还包括其他形式的非公有制经济,它们的合法的权利和利益同样受国家的保护,并把“国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理”修改为“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”,它为企业的经营和发展提供更加宽松而稳定的制度环境,鼓励商业竞争与财富积累,从而促进社会资源与财富的更优配置。

(二)国有企业改革与发展

从改革开放之初到20世纪80年代末,中国先后对国有企业实行扩权让利、承包经营责任制、股份制等方面的改革。这些改革措施,不仅对国有企业提高经济效益起了积极作用,同时也为企业发展创造了逐渐稳定的宏观经济环境,并为协助企业适应市场变化给予了政策上的帮助。进入20世纪90年代,中国的国有企业改革在80年代的基础上朝着转换机制、政企分开、制度创新、战略调整的方向迈进,并有步骤、有规模地开展建立现代企业制度试点。尤其是“九五”期间,^①中国开始从战略上调

^① “九五”期间,是指中国经济和社会发展的第九个五年计划(1996~2000年)期间。



整国有经济布局,对国有企业实施战略性改组。通过改组、改制、改造、兼并联合,培育出了一批跨地区、跨行业、跨所有制的大企业和大集团,如石油化工、有色金属、电信通讯等行业,同时通过多种形式放开搞活了一批国有中小企业,开创了全新的市场竞争格局。到2000年,多数国有大中型企业已初步建立起现代企业制度,并实行了公司制改革,实现了投资主体多元化。同时,国企产权改革也不断走向深化和完善,政企分开的力度也逐步加大,政府的综合管理能力和为企业服务的功能也不断增强。

2003年10月,中共十六届三中全会指出,要大力发展国有资本、集体资本和非公有资本等参股的混合所有制经济,使股份制成为公有制的主要实现形式。另外,此次会议首次提出了建立健全现代产权制度。随后,中国各地和广大国有企业加快了股份制改革步伐和现代产权制度的建立。另外,针对中国产权管理相关法律法规不健全,产权交易市场不完善,产权交易监管不到位的情况,中国有关部门在促进和规范产权的流动和转让方面采取了一系列措施,先后出台了上市公司管理、上市公司国有股向外国投资者及外商投资企业转让、国有企业债权转股权、企业国有产权交易监管等一系列法规和规范性文件,特别是2003年12月31日出台的《企业国有产权转让管理暂行办法》,对产权转让场所、转让方式、转让程序等作出了一系列的规定,同时明确规定国有产权转让必须进场交易。

近年来,公司治理逐渐成为国有企业改革中的核心问题。所谓公司治理,其实是调整公司企业各方参与者关系的规范,这些参与者主要包括股东、公司管理层和董事会及其成员。这些参与者决定着公司的发展方向和绩效。而公司治理结构的目标是要在这三方面参与者之间建立起两种有效的责任关系,从而实现董事会对管理层的有效监督和股东对董事会的有效制约。随着企业规模的不断扩大和改革的深入,大多数国有企业及上市公司均意识到,公司治理不完善问题是影响中国公司有效运转、成为有竞争力的大公司、资本市场健康发展的关键因素。中共第十五届四中全会中共中央《关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定》明确提出国有大中型企业应实行规范的公司制改革。公司制是现代企业制度的有效组织形式,公司法人治理结构是公司制的核心。2003年4月,





国务院国有资产监督管理委员会(以下简称“国资委”)挂牌成立,其重要功能之一就是促进投资和使拥有股份的公司建立良好的公司治理,进一步推进股权多元化,并达到股东权力的制衡,形成规范的公司治理结构。2004年6月,国资委选定宝钢、神华等7家中央直属企业为试点,开展国有独资公司建立和完善董事会的试验。2005年10月17日,中国首家“规范”的央企董事会在宝钢集团有限公司宣告成立,包括5名外部董事(又称独立董事)在内的9名董事到任,宝钢成为按《公司法》注册的国有独资公司,董事会下设战略、提名、薪酬与考核等专门委员会,公司治理结构得以进一步完善。独立董事制度、股票期权激励等改善治理措施在中国开始实行。2005年,新修订的《公司法》、《证券法》对公司治理结构进行了全面的修改,为强化中国企业的公司治理和保护中小股东的利益给予更加稳定的法律保障,同时也为公司发展提供了更加市场化的生存土壤。

(三) 加入 WTO 与市场开放

2001年12月11日中国正式成为WTO的一员,中国政府作出了两项庄严承诺:承诺遵守国际规则办事,承诺逐步开放市场。这就要求政府遵循WTO的市场准入和国民待遇准则,实行全方位的对外开放。中国各个行业,尤其是竞争性的行业,将取消对外商投资企业的限制,外资在中国设立和运营企业的自由度越来越大。2004年,中国国务院批准最新修订的《外商投资产业指导目录》,除了对必须垄断的少数行业(如武器制造、黄金生产等)明令禁止外资进入和对部分行业有一些前置审批的限制规定之外,对外商投资企业基本取消了特殊的限制性规定,并且在政策上积极鼓励外商投资。2002年11月,中国出台了《关于向外商转让上市公司国有股和法人股有关问题的通知》和《利用外资改组国营企业暂行规定》(2003年1月1日施行)两个政策法律文件,允许外资企业进入中国资本市场并购中国企业,允许外资企业在中国A股市场上市,允许上市公司向外商转让国有股和法人股,允许外国投资者和外商投资企业成为并购境内企业的主体。按中国加入WTO的约定,从2004年12月11日

开始,中国的零售、金融、电信、运输等服务行业开放程度逐渐加大。2005年1月1日起,中国对汽车行业、家具行业、纺织品行业、纸业、玩具行业、酒业等行业的保护逐步取消。这将为外资企业提供更广阔的市场空间。中国按照加入WTO承诺的要求,进一步开放市场,并逐步取消对外资进入的地域限制、数量限制和股权限制。

吸引外商投资,一直是中国改革开放的一项重要策略。在加入WTO以前,中国吸引外资的主要方式是吸引外商直接投资,形式包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资经营企业、外商投资股份制公司和合作开发等。“入世”之后,随着投资领域的不断扩大和国内市场的进一步开放,BOT、特许权转让投资、外商投资企业境内外上市发行股票等新的投资方式纷纷出现。为此,在国内立法方面,中国也为改善外商投资的政策法律环境做出大量努力,力求保持外商投资政策法律的稳定性、连续性、可预期性和可操作性,为外商投资创造统一、稳定、透明、可预见的法律环境和政策环境。除了完善外商投资专门立法,包括修改《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》、《外资企业法》及其实施条例和细则,出台《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》等,相关的配套法律,包括涉外税收、工商、行政管理、外汇管理、劳动管理、进出口管理、海关等法律、法规、条例等也在同步完善。在行政执法方面,进一步简化外资审批程序,实施规范化、标准化的审批制度,努力建设廉洁、勤政、务实、高效的政府,为外商创造良好的行政环境和便利的投资条件。

WTO规则是“一揽子”保证公平竞争与自由贸易的原则,在某种意义上,它帮助推进了中国的市场化改革,并为中国企业参与国际竞争提供了一个世界平台,而与此同时,强烈依赖政策保障、政府干预和廉价劳动力市场的中国企业也逐步面临越来越严峻的竞争,许多行业都受到国外同行的强劲挑战。全球化的竞争压力对企业提出了更高的要求,中国的企业不仅要尽快学习国内外法律,了解WTO竞争规则,更要学会用法律的武器来保护自己。中国加入WTO时承诺,在利用世贸组织磋商和谈判机制的基础上,加快自身立法,在投资基本法的原则确定后,利用新规则,制定相关法律法规体系和投资管理制度,深化改革,努力创造公平的投资环



财经
法律总论