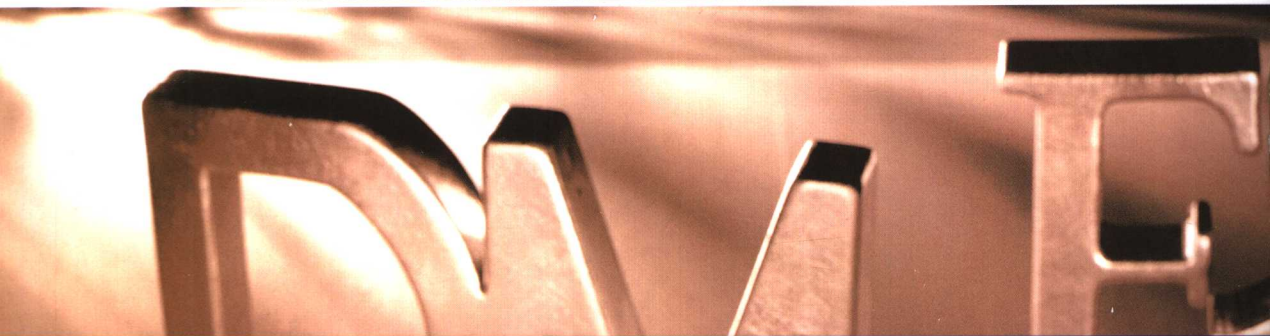




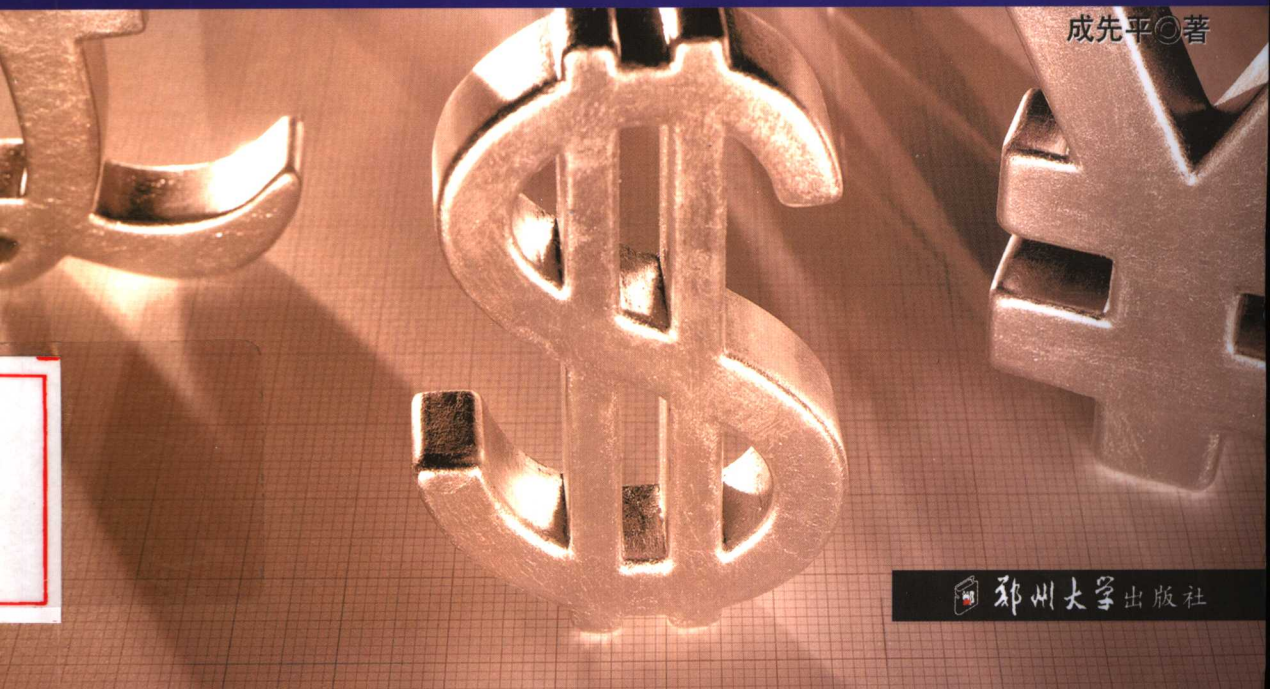
河南省重点学科经济法学科点项目



WAZI BINGGOU

外资并购法制机理研究

FAZHI JILI YANJIU



成先平◎著

郑州大学出版社

FA
XUE
WEN
KU

河南省重点学科经济法学科点项目

法学文库

外资并购法制机理研究

WAIZI BINGGOU FAZHI JILI YANJIU

成先平◎著

 郑州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

外资并购法制机理研究/成先平著. —郑州:郑州大学出版社,2004.5

ISBN 7-81048-880-5

I. 外… II. 成… III. ①外资公司-收购-企业-法制-研究-中国②外资公司-企业合并-法制-研究-中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第031897号

郑州大学出版社出版发行

(郑州市大学路40号)

出版人:谷振清

全国新华书店经销

郑州文华印务有限公司印制

开本:710mm×1010mm

印张:17.75

字数:309千字

版次:2004年5月第1版

邮政编码:450052)

发行部电话:0371-6966070

1/16

印次:2004年5月第1次印刷

书号:ISBN 7-81048-880-5/D·42 定价:30.00元

本书如有印装质量问题,由承印厂负责调换

法学文库编委会名单

总 主 编 田土城

执行主编 石茂生

编 委 (按姓氏笔画排列)

王长水 石茂生 田土城

刘向文 刘德法 肖国兴

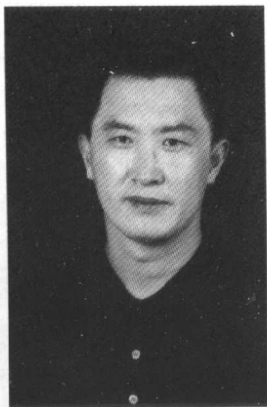
沈开举 宋四辈 张秀全

苗连营 赵建文 程宝山

鲁嵩岳

内 容 提 要

本书针对目前我国外资并购法律制度方面存在的诸多问题,比较深入和全面地研究了其法制机理。本书从资本的本性入手,详细论述了内外资的本性,尤其是外资的本性,进而深入研究了外资并购在经济学方面的价值。在就外资并购法律性质、法律形式以及法律支持之法制机理全方位研究的基础上,本书继而分析了外资并购法律规制的关键就在于对外资并购之资本输入行为、并购投资行为、并购投资后之资本或股本运作行为以及外资并购之资产输出行为的规制。最后,本书对外资并购的法制机制与法治机制进行了较为透彻的研究,并提出了外资并购法治机制建设的重心在于“人治”,应以此为核心来构建外资并购的守法机制、执法机制、护法机制以及法制更新机制的有机体。



作者简介

成先平,字西坡,1964年4月生,河南辉县人。1986年毕业于武汉大学法律系,现就职于郑州大学法学院,副教授,兼职执业律师,并兼任郑州仲裁委员会仲裁员。主编、副主编《国际经济法学》、《涉外经济法新论》等著作数部;出版专著《中国外资投资企业法律制度重建研究》一部;发表《论外商投资企业行为能力的完整性和真实性》、《外商投资房地产的法律思考》以及《论预期违约的立法完善》等论文数十篇。专业研究方向为国际经济法学,侧重于国际投资法学。

ACL 04/04

总 序

两千多年前,法学大师亚里士多德就提出“法治优于一人之治”。亚里士多德的法治理想被一代又一代的法学家们所继承、所呼喊,但法治国家由理想变为现实则是近代以来的事情,前后经历了近两千年的历程。中国古代思想家也曾提出“法治”,但当时的法律不过是帝王手中的工具。历史和现实都证明:法治理想和法治实践是相互制约、相互促进、相辅相成的。没有人类对法治的不断追求和理论探索,就不会有现代文明进步的法治国家;没有人类社会对法治的迫切要求,就不会有现代法学中博大精深的法治思想。在 20 世纪刚刚落幕、21 世纪的黎明已经来临之时,在我国经历了几千年专制统治之后,在风起云涌、波澜壮阔的改革开放给中国带来前所未有的机遇和挑战的时代,法治的号角吹响了,法治国家成为我们的根本目标和必然选择。依法治国,建设社会主义法治国家已载入共和国庄严而神圣的宪法。法治赋予我们每个人以光荣而伟大的历史使命,共和国的每一个公民都应对此作出自己的贡献。

正如亚里士多德所言,“法治应包括两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是良好的法律”。可见,法治国家不是提出一个口号或在一夜之间就能实现,而是一个十分艰巨和复杂的漫长过程。一方面,现实社会关系的发展,国家经济、政治和社会生活的变化,可以为法律的进步、法治的完备提供巨大的动力,提供社会的土壤和基础;另一方面,法学教育、法学研究的发展,则直接推动法治文明的进程;全民法治意识、法律素质的提高,则是实现法治国家这一人类崇高理想的关键性、决定性因素,大学法学院和所有的法律学人理应在这方面扮演十分重要的角色。

中国的法学教育作为法治事业的重要组成部分,同中国社会的曲折发展一样,经历了极不平坦的发展历程。直到 20 世纪 70 年代末期,随着我国社会进入改革开放发展的大好时期,法学教育才获得了前所未有的发展机遇。20 多年来,法学界不断解放思想,冲破禁区,根据中国国情深入研究建设社会主义法治国家的理论和实践,一个初步完善的法学学科体系已经建立起来;法学教育规模

迅速扩大,学科层次日趋齐全,形成了法学本科教育、硕士研究生教育、博士研究生教育为主体的法学教育体系。法学研究和法学教育的完善与发展,对高素质法律人才的培养和法治实践中重大问题的解决具有至关重要的作用。

郑州大学法学院(法律系)建立于1980年,是改革开放以来我国建立最早的法律院系之一。她与我国新时期法治建设几乎同时起步,其成长与发展历程在一定层面上折射出23年来中国法治进程从重新启动到高歌猛进的历史轨迹。23年来,郑州大学法学院全体师生以艰苦创业、团结协作、严谨求实、开拓进取的工作作风,使郑州大学的法学教育从无到有、从小到大、从弱到强,成为河南法学教育和研究的重要基地,在全国法学教育中具有了相当重要的影响。据初步统计,郑大法学院已经为国家培养法学专业专科生、本科生、研究生等3万多人,目前在校本科生达1000余人,硕士研究生400多人,各类成人教育学生2100余人。经过多年努力,法学院的学科建设发展较快,已有刑法学、经济法学、民商法学、宪法与行政法学、国际法学、法学理论、诉讼法学、法律史学等8个法学硕士学位授权点,1989年已成为全国法律硕士专业学位教育试点单位。在郑大法学院现职教师中,既有资深望重、享誉全国的法学前辈,更有一批年富力强、生机勃勃的中青年学术骨干。这些学者不仅勤奋研究法学理论,展示学术力量,奉献学术精品,而且积极投身于中国特别是河南的立法、执法和司法实践之中,为法治建设作出了积极且有成效的贡献。

为了法治的早日实现,为了我们法律学人的责任与奉献,郑州大学法学院与郑州大学出版社经过研究,决定结合郑大法学院的学术优势和郑州大学出版社的出版力量,编辑出版一套《法学文库》。《法学文库》选题不限,但必须是法学学者的个人专著;虽然它以郑州大学法学院的学者为主要作者,但我们希望和欢迎一切愿意加入文库建设的专家学者把自己的优秀作品奉献给大家。《法学文库》是开放型的,其唯一入选标准是作品学术水平的独创性和先进性。

我们期望并相信,经过作者、编辑和组织者的共同努力,这套文库将成为奉献给广大读者的学术精品,成为我们对建设法治国家的一点贡献。

郑州大学法学院院长

田土城 教授

2003年8月22日

序 引

民以食为天,无食必将饿死;市场经济以资本为天,缺乏资本必定衰竭。中国的社会主义市场经济正处在建设过程中,最需要的就是资本——足够的资本。虽然新中国在 50 多年的经济建设中已经积累了一定的资本,但是在建设和发展市场经济过程中,却依然显得资本不足。如何解决本国资本不足的问题?只有借助外资了。新中国成立之初就曾借助过外资,虽然所借外资被迫提前偿还,但对中国的经济建设和发展还是起到了相当大的作用。

中国推行改革开放的政策已有 20 多年,中国人民在本国资本严重不足的情况下采取各种方式筹措资本,一心一意建设和发展经济。中国经济建设和发展的成就为世人所瞩目,外国资本或国际资本在其中的作用不可低估。

人类进入了新世纪,中国也加入了 WTO,中国市场经济机制已初具雏形,产业结构调整成为头等大事。在市场经济机制中,产业结构的宏观调整或微观调整所需要的并不仅仅是外国资本或国际资本,更需要先进的理念和创新精神。外国资本或国际资本经过 20 多年的试探和观察,对于进入中国市场经济的前景还是充满信心的,因为中国市场有不小的诱惑力。但中国的传统文化对市场经济机制的建立和完善却有着较大的束缚。中国 5 000 多年的文明史积淀了深厚的文化底蕴,此为世界上其他民族和国家所罕见,实为国人的骄傲;但中国传统文化却也是融精华与糟粕为一体的,它使中华民族在面临灾难与危亡时得以幸免于难,也使民族和国家曾经几度与前所未有的大发展契机擦肩而过,此实乃憾事。取中国传统文化之精华,去中国传统文化之糟粕,已经到了该痛下决心彻底解决的时候了!如果不能彻底解决这一根深蒂固的问题,中国市场经济机制的建设和发展将依然步履沉重,中国的产业结构将难以得到科学、合理的调整,中国在 21 世纪成为世界巨人将成为一句空话!中国必须以全新的理念将产业结构调整作为突破口,彻底解决传统文化之糟粕的问题,以适应经济全球化、尤其是交通信息全球化的形势要求,不要再度错过“赶、超”的大好时机!

资本为市场经济机制的血液,中国市场经济机制也是国际市场经济机制有

机体的一部分,资本同样是中国市场经济机制的血液。为了保证市场经济机制的正常运行和发展,中国在内资不足的情况下,输入外资予以补充,实乃天经地义。但外资输入的数量和具体方式要因势而异,万万不可出于脸面的考虑而盲目输入,更不能危害本国的经济安全及政治安全,也不能贻害国家、民族及个人的利益。

中国市场经济机制之产业结构的调整,的确需要外资的介入。外资的介入并不仅仅是钱财的问题,更重要的还是“人”的问题。外资为什么会千里迢迢参与中国市场经济机制之产业结构调整呢?作为资本的外资,其自身并不会运动,是由其所有者或对其具有处分权的“人”将其运动到了作为资本输入国的中国境内,并使其进入了中国市场经济机制之机体,参与到中国市场经济机制之产业结构的调整过程中。

外国资本或国际资本如此而为并非出于什么善良之愿望,无偿地“帮助”作为资本输入国的中国进行产业结构调整,以建设和发展中国之经济,而是其所有者深深地感觉和敏锐地意识到,在参与中国经济产业结构的调整过程中可能会获取高额的投资资本利润。因为资本的生命在于运动,哪里的利润高,资本就会向哪里流动。

资本流动对于资本输入国或者资本输出国(尤其是资本输入国)并非是有百利而无一害,在一定条件下,则可能是有百害而无一利。资本跨国运动的历史早已对此进行过充分的诠释,因此必须对其进行管制。在市场经济机制中,最好的管制方法应当以疏导为主,但在特殊情况下,进行适度的惩戒也非常必要。不管是疏导外资在中国市场经济机制内的流动还是堵截其向某个地方流动,都不能毫无章法,而应当井井有条。市场经济就是法治经济,而中国市场经济法治的建设只不过刚刚起步,还有待于进一步建设、完善和健全。

中国市场经济法治的建设、完善和健全则有赖于作为其有机组成部分的中国市场经济法制机制的建设、完善和健全,而中国市场经济法制机制同样也已初步成形。虽然作为中国市场经济法制机制有机组成部分的外国投资法制机制还算相对完善,但是外国投资者或国际投资者以外资并购之方式在中国境内进行投资的法制机制却并未形成,似乎还是一盘散沙。然而,外国投资者以外资并购方式早已介入中国市场经济产业结构调整的实践,这就不能不使人担忧!不但以外资并购方式在中国进行投资的外国投资者或国际投资者在担忧,国人也在担忧,尤其是对国有资产的可能流失而担忧。没有规矩,何以成方圆?中国有关外资并购的法律规范的确有一些,但是却比较分散,还未能形成机制。如要科

学、合理地利用外资并购之方式调整中国经济的产业结构,就不得不尽快建立中国外资并购法制机制,并以其为基础,建设、完善和健全中国外资并购法治机制。

中国外资并购法治机制的建立已是迫在眉睫的事情,如果不尽快建立就极有可能阻碍中国生产力的进一步发展。而任何一种法治机制的建设、存在和发展,都必须解决两个方面的核心问题:一是法制问题,二是“人治”问题。中国外资并购法治机制的建设、存在和发展,则需解决中国外资并购法制机制和“人治机制”两个核心问题。中国外资并购法制机制的建设、存在和发展,是中国外资并购法治机制建设、存在和发展之基础;而中国外资并购“人治机制”的建设、存在和发展,则是中国外资并购法治机制建设、存在和发展的根本保证。制度是死的,而人却是活的;人可以创设制度,而制度却也能约束人,因此绝对不能小觑制度的价值。然而,包括中国外资并购法律制度在内的任何一种制度的建设都必须具有合理性和科学性,此种“合理性和科学性”不仅基于一定的历史背景和深厚的文化底蕴,并且还涵纳其内在的必然规律和创设技巧。作为中国外资并购法治机制之基础的中国外资并购法制机制的建设,不是任何人都可为之,而必须由相关专业人士在深谙民意和实践的基础上,运用其非凡的前瞻性智慧与高超的娴熟技能,才有可能成就此事。否则,就很难建设好中国的外资并购法制机制,当然,也就不可能为中国外资并购法治机制的建设、存在和发展奠定坚实的基础。

中国外资并购法制机制的具体内容,不外乎就是系统的外资并购法律规范。一切法律规范都是或应当是来源于实践,而其核心则是“权利与义务”,也可称“权力和责任”。虽然法律规范的价值取向是公平和正义,但常常建立在并非平等的基础上,因为法律规范是既得利益者手握的保护其已经拥有或未来将拥有的所有合理或不合理利益的一把锋利的剑。这把剑是会伤人的,弄不好也会伤害自己。在中国的外资并购实践中,的确需要这样一把剑!然而,这样的一把剑,时至今日却还并未完全铸就,“心之忧矣,我歌且谣”!

中国外资并购法制机制的建设应当解决好“钱权才、法机德”的问题。中国正是由于缺乏足够的资本,才以外资并购的方式利用外资来调整中国经济产业结构。然而以孔孟思想为核心的中国传统文化却在中国人身上打上了“官本位”的权力烙印,以致于在今日之中国社会还依然存在着“权钱相通”的残渣余孽。为此,在外资并购法制机制的建设中必须对这一历史遗留问题予以高度重视,应当由一些才德之士主导或/和参与外资并购法律规范的具体制定,同时还应将一些谙熟外资并购法律事务的英才俊杰在公平竞争的基础上遴选进司法

或/和执法系统,使之形成一种法律制度,并成为中国外资并购法制机制的有机组成部分;同样应当使“人治机制”形成一种法律制度并成为中国外资并购法制机制的有机组成部分。否则,无德和无才之人就可能将本来非常合理与科学的外资并购法律规范糟蹋得面目全非或曲解得令人啼笑皆非。

中国外资并购法制机制的建设、存在和发展,应当以高尚的道德操守作为其灵魂,以合理与科学的外资并购具体法律规范作为其内容,并以精通外资并购法律规范之才俊作为其手段,以具体规制外资并购市场机制中的所有钱、权运动,为动态的中国外资并购法治机制之建设、存在和发展铺平道路。为此,本人在此就外资的本性、外资并购的经济学价值、外资并购的法律性质、外资并购的法律形式、外资并购的法律支持、外资并购的法律规制、外资并购的法制机制以及外资并购的法治机制等八个方面的问题进行探讨和研究,希冀对中国外资并购法制机制的建设、存在和发展有所裨益。

目录

Contents

一	论外资的本性	1
	(一) 资本的形态	2
	(二) 资本的本性	13
	(三) 内资的本性	19
	(四) 外资的本性	28
二	论外资并购的经济学价值	36
	(一) 外资并购的结构经济学价值	38
	(二) 外资并购的成本经济学价值	48
	(三) 外资并购的速度经济学价值	52
	(四) 外资并购的市场份额经济学价值	56
	(五) 外资并购的公平性经济学价值	69
三	论外资并购的法律性质	74
	(一) 外资并购的国际贸易性	76
	(二) 外资并购的国际投资性	92
	(三) 外资并购的“表里”二重性	100
四	论外资并购的法律形式	104
	(一) 国际投资的法律形态	105
	(二) 国际投资的法律形式	111
	(三) 外资并购的法律形式	123
五	论外资并购的法律支持	136
	(一) 外资并购资本输出的法律支持	140
	(二) 外资并购市场准入的法律支持	146
	(三) 外资并购公平竞争的法律支持	154

	(四) 外资并购资产保护的法律支持	162
六	论外资并购的法律规制	169
	(一) 外资并购之资本输入行为的法律规制	171
	(二) 外资并购之并购投资行为的法律规制	179
	(三) 外资并购投资后之资本或股本 运作行为的法律规制	186
	(四) 外资并购之资产输出行为的法律规制	193
七	论外资并购的法制机制	201
	(一) 外资并购之资本法制机制	202
	(二) 外资并购之投资法制机制	212
	(三) 外资并购投资后的资本或 股本运作法制机制	218
	(四) 外资并购之资产转移法制机制	226
八	论外资并购的法治机制	234
	(一) 外资并购的守法机制	235
	(二) 外资并购的执法机制	244
	(三) 外资并购的护法机制	251
	(四) 外资并购的法制更新机制	260
	参考文献	269

一、论外资的本性

“外资”就是外国资本,是相对于内国资本而言的。不管是内国资本还是外国资本都属于资本。政府间国际组织的资本,从狭义的角度讲,既不是外国资本也不是内国资本,而是一种相对独立的资本,可以将其称之为国际资本;但从广义的角度讲,这种国际资本相对于内国来说,还是属于外国资本。而非政府间国际组织的资本,从严格意义上讲,只能是外国资本或者内国资本,而不属于国际资本,这是由非政府间国际组织的国内法律地位所决定的。研究外国资本之本性就必须研究外国资本的一般性问题,而研究外国资本的一般性问题则需考察和研究资本的问题。

对于今天的人们来说,资本从什么时候产生并不具有多少重要意义和价值,关键的问题在于:什么是资本?资本的本质特征是什么?资本范畴发展的轨迹和趋势是

什么? 资本对于经济、政治、文化、环境, 以及人类生产、生活方式等方面有什么影响?

资本以数学的方式可以概括为可以获取余额的基数; 如果采取经济学的方法表示, 资本就是可以带来或者创造更多生产资料或/和生活资料的生产要素或生产资料; 而以法学的方法予以总结, 则是为法律规范所确认和保护的存在使用价值的财产。至于这些基数、生产要素或生产资料或者财产最终是否都能够获取余额, 带来或创造更多的生产资料或/和生活资料, 却由于各种原因而存在诸多风险, 所遇具体风险能否彻底克服, 则是这些余额、更多生产资料或/和生活资料实现的先决条件。然而, 假如没有这些“基数”或者基本的生产资料或生产要素或者财产, 就不可能产生所谓的余额或者更多的生产资料或/和生活资料。虽说劳动可以创造价值, 但是劳动创造价值却必须具备一定条件, 从本质上讲, 这个条件在人类历史发展的任何时期都是一致的, 也可以说是一成不变的, 那就是与基数、基本的生产资料或生产要素或者财产相结合。

亘古至今, 这些基数、基本的生产资料或生产要素或者财产的具体称谓已经变化万千, 其类别和范围也是如此。只是当人类社会进入工业革命时期、发展到资本主义以后, 这些不断发展和变化着的基数、基本生产资料或生产要素或者财产, 才被冠之以“资本”的雅号。以资本为基础, 再加上公司有限责任制理论的创造, 一些人的财富才得到了急剧膨胀, 同时社会财富也得以迅速增长。

【(一) 资本的形态

资本最为原始的形态就是土地和淡水等自然资源, 并且在人类社会历史发展的任何时期, 土地和淡水等自然资源都是资本最为重要的表现形态。没有土地, 人类便无法立足; 没有淡水, 人们就会渴死。土地和淡水等自然资源是人类赖以生存发展的基本资本。在人类历史发展的艰难历程中, 不管是仅仅为了生存, 还是为了获取更多的财富或者过上更好的生活, 不同的国家和民族, 在土地和淡水等自然资源的基本资本问题上, 不知曾经上演了多少幕人间悲喜剧: 无论是刀光剑影地豪夺, 还是唇枪舌剑地巧取, 都是为了尽可能多地获取自己赖以生存和发展的基本资本。

就土地和淡水等自然资源而言, 其本身是没有“人类性格”特征的, 谁都可以拥有、利用或处分。虽然资本的类别和范围在人类历史发展的长河中不断地发生变化, 并且不断地淘汰、更新和扩展, 然而其真正的本性却依然如故, 无论世

界如何变幻,其对待任何主人的态度都是一成不变的(在此研究的仅仅是资本问题,而并不讨论环境的有关问题)。可是,一旦土地和淡水等自然资源被贴上人为的标签,其作为资本就被赋予了“人类性格”之特征。

土地和淡水等自然资源可以说是最为古老的资本形态。事实上,在人类历史发展的每一个时期,它们都是最为重要的资本,时至今日依然如此,只不过是自然资源的范畴随着社会的发展有所扩大而已。从地上的诸如土地、地表水、植物以及动物等自然资源,延伸到了地下的诸如煤炭、石油、天然气等自然资源,甚至扩展到了空中可资利用的各种能源,例如风能、太阳能等。在以自然资源为最初资本形态的基础上,人类通过劳动和创造,又逐步衍生出许多包含劳动成果的资本,其中既有看得见摸得着的种类繁多的以有形财产之形式表现的资本,诸如建筑物、汽车、火车、船舶、飞机、电视、桌椅板凳之类的有形财产,也有在特定条件下能够为其占有者或所有者获取一定利益或一定数额利润的资本。

由于人类社会生活资料和生产资料交换的发展,使得以中介形式出现而被冠以“货币”名称的资本得以产生。货币的出现和发展极大地促进了人类社会经济的发展,同时也使其在一定条件下成为资本的代名词;尤其是纸币的诞生,更增强了其作为资本的重要地位,因为它是财产的化身,是集约化的财产,易于保管、储存和携带,以至于在21世纪的今天,仍然还有为数不少的人认为“货币就是资本,资本就是货币”。而实际情况却是货币可以成为资本,并且是资本的主要表现形式之一,但是货币并不能与资本划等号。随着银行或类似于银行的经济组织形式(如中国历史上的钱庄和票号)的产生和发展,此类经济组织所出具的代表一定数额货币的票证,例如今天人们常见到的汇票、支票、本票等,相对于货币而言就是更加集约化的财产,同样这些东西在一定条件下也是可以获取利润或利益的资本。随着以银行为主的各种类型金融经济组织业务的迅速发展,资本的形态已经发生了很大的变化,资本的具体表现形式在这一领域中得到了进一步的延伸和扩张。

公众公司发行的股票就是通过银行等金融机构和专门的证券金融机构在证券交易所市场内流通的,虽然股票也有场外交易,但毕竟不是主流,从整体上看还主要是在场内交易。公司在发行股票筹集资金的同时,还能够向社会公众发行债券以筹集资金,而公司债券的发行从根本上来讲是离不开银行等金融机构支持的,也就是说银行等金融机构是公司发行债券的坚强后盾,否则,公司就难以取得社会公众的信任而使其债券难以发行成功。公司以及非公司形式的企业可以发行债券,那么银行等金融机构同样也可以发行债券筹集资金。因为银行等