



中国企业 兼并与破产 的法律规制研究

贾林青 昌孝润 □主编

ZHONGGUOQIYE
JIANBINGYUPOCHAN
DE FALÜGUIZHI YANJIU

知识产权出版社



中国人民大学科研课题

中国企业兼并与破产的 法律规制研究

贾林青 昌孝润 主编

知识产权出版社

内容提要

本书围绕我国社会主义市场经济中的企业退出问题展开研究,内容包含了企业的兼并制度和破产制度的法律建设问题。企业破产制度的法律规制部分,针对新破产法刚刚颁布而尚未施行的情况,突出新旧破产法的比较研究,概括了新破产法的特点和先进性,尤其是结合审理破产案件的司法实践,阐述了新破产法的施行对策;就企业兼并制度的法律制部分,则针对我国尚无统一的企业兼并立法而现实经济生活又频繁出现企业兼并事件的情况,尤其是在与国际经济接轨的过程中,如何处理各种频频出现的企业兼并现象,探讨企业兼并所涉及的兼并合同、兼并方法、防止垄断、职工利益的保护等诸多环节的法律规则,研究我国的企业兼并法的构建,为我国企业兼并立法做出有益的探索。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

中国企业兼并与破产的法律规制研究/贾林青,昌孝润主编. —北京:知识产权出版社, 2007. 8

ISBN 978-7-80198-991-8

I. 中... II. ①贾... ②昌... III. ①企业合并—法规—研究—中国
②企业破产法—研究—中国 IV. D922. 291. 924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 135328 号

中国企业兼并与破产的法律规制研究

贾林青 昌孝润 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010-82000860-8130

印 刷: 北京市兴怀印刷厂

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2008 年 1 月第一版

字 数: 420 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860-8325

责编邮箱: jpp99@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 15.25

印 次: 2008 年 1 月第一次印刷

定 价: 35.00 元

ISBN 978-7-80198-991-8/D · 505 (2045)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

本书为中国人民大学科研课题，其付梓出版得到了北京市天沐律师事务所的大力支持。

绪论 企业并购与破产是我国市场经济生命力的主要“发生器”

快速发展的中国社会主义市场经济为众多企业提供了在各自的领域中一展身手的舞台。同时，各国市场经济实践屡试不爽的诸多市场法则也成为评价这些企业经营水平的客观标准。这意味着所有的企业，不论其采取何种组织模式、资本规模如何、进入哪种生产经营领域，均应当在我国社会主义市场经济的大潮中经风雨、见世面，接受日益激烈的市场竞争的考验。

一、优胜劣汰是市场经济的基本法则

在调整市场经济的诸多法则中，“优胜劣汰”居于重要地位。竞争是市场经济得以发展的生命力所在，而竞争的客观结果就是有胜有败，衡量胜与败的经济标准表现为“顺其者昌，逆其者亡”。这意味着参与市场经济活动的各个企业相互之间的兴与衰、生与死的相互交替，在优胜劣汰的市场竞争法则的左右之下是长期持续存在的。可以说，优胜劣汰是支配企业行为和决定企业命运的市场法则。

之所以强调优胜劣汰法则对市场经济的调整作用，是出于资源与产业优化配置的需要。首先，从理论上讲，市场经济最突出的优点是能够实现生产要素和其他社会资源的最佳组合配置。因为在竞争机制的调节作用下，从事市场经营活动所需的劳动力、生产工具等生产要素和原材料、生产资本和生产技术等社会资源均流向最需要、最合理的生产行业或经济领域，从而能够全部或者最大限度地适应市场需求而投入生产经营，维持社会再生产的正常秩序和顺利发展，避免生产

要素或社会资源的搁置和浪费,提高生产经营的效率和社会资源的充分有效利用。

显然,各个企业在参与市场经营和竞争过程中,既是各个生产环节之间的合作者,又是竞争对手,当然也是优胜劣汰后果的最终承受者。其中,在市场竞争中遭受败绩的企业自然会“出局”,让出其占有的生产要素和社会资源。而市场竞争中的成功者,则会赢取“出局者”的生产要素和社会资源,使其可以在市场经济环境中展示强者“雄风”。这一自然法则在西方市场经济条件下百试不爽,即使是我国的社会主义市场经济仍然不能违反其调整规律和适用效果。

二、企业兼并和破产是实现优胜劣汰的最佳择抉

总结西方国家资本主义市场经济的数百年历程,市场竞争环境下的优胜劣汰法则的实现途径并非一二,但是,相比较而言,企业并购与破产是实现优胜劣汰的最佳选择。

究其原因,主要表现在两个方面:首先,从经济层面上讲,企业并购与破产是优胜劣汰法则对市场经济调节作用的直接体现。企业在市场经营中的竞争地位决定着其命运趋向,如果一个企业存在经营不善、资本不足、产品无销路、原材料无以为继等情况,表明其已经无法适应市场需求,则其前途或者是被其他企业所并购,或者是被法院宣告破产。其次,从法律层面上讲,各国有关企业并购和破产的法律制度较为成熟。鉴于企业并购与破产在西方国家存在数百年的现实,各国政府不断总结企业竞争与发展的实际情况,逐步建立了较为完善的企业并购与破产的法律规则,形成了以企业并购法和企业破产法为核心的立法体系,为企业并购和破产的适用提供了有利的法律环境。

当然,企业并购与破产作为适用于企业经营活动的两项独立的法律制度,各自的适用内容和适用条件有所不同。

所谓企业并购,是指一个企业通过购买、承担债务、吸收股份等形式取得其他企业的产权,从而获得对方企业的控制权的一种企业经济行为,理论上又将其称之为企业兼并,而用于规范调整此类企业并

购活动的法律制度就称为企业并购法律制度。企业并购的实施是并购企业与被并购企业之间（即使实质上的经济地位存在强弱区别）通过协议的方式实现，故自愿协议性是其特点之一。再看其法律结果，并购方企业的经济实力得到扩张，而被并购方企业或者是主体资格不复存在，或者是虽然保有主体资格，却因并购方的控制权而听命于对方。显然，企业并购，不论是“大鱼吃小鱼”，还是“小蛇吞大象”，都是着眼于企业产权交易而达到生产要素和社会资源的在市场环境中的重新配置，有利于社会生产力的提高。

所谓企业破产，是指企业作为商品生产者和经营者的主体，在其所从事的商品生产和经营活动中发生亏损，并达到法律所规定的“临界值”（如资不抵债或者无力清偿到期债务）时，法律强制其用整体财产向所有债权人公平地偿还债务的法律制度。应当强调的是，破产制度的突出特点是强制性和法院参与性，而其典型的法律效果是被宣告破产的企业的法律主体资格消灭。可见，企业破产制度是从整体角度以统一处理破产企业的全部债权债务关系为切入点，强迫不能适应市场需要的企业退出市场的一种法律机制，而在经济上是其占有的生产要素和社会资源在其债权人之间的重新配置，以此体现优胜劣汰法则对市场经济的调节价值。

所以说，企业并购与破产是在不同的市场环节，针对不同的法律焦点来完成社会资源合理配置的法律手段，笔者不妨将其比喻为实现优胜劣汰法则不可缺少的左右手。如果能够在市场经济中充分发挥企业并购与破产的积极作用，自然会取得相互促进，相得益彰的经济效果。

一方面，企业破产制度的法律强制力，可以促进企业并购的实现。如前所述，强制达到法定破产“临界值”的企业破产是企业破产制度的一大特点，因而，如果一个亏损企业为了避免遭受破产退市的“灭顶之灾”，就可以在达到破产“临界值”之前权衡利弊得失，主动寻找并购者，根据自身的具体情况，与并购者进行磋商谈判，以公平合理的并购方式、并购价格以及并购条件实现企业并购。这种以并购方式取代破产的选择，对于被并购方而言，主观上减少了破产带来的

损失，客观上也实现了生产要素和社会资源合理配置。

另一方面，有条件地将企业并购制度引入企业破产的适用过程，有利于减少企业破产导致的负面社会影响。因为，企业破产本身在债务清偿、资产处置、职工安置等诸多方面所存在的负面影响是不可避免，所以，如何将这些负面影响控制在最小程度内，始终是人们在破产制度适用中关注的一个问题。笔者认为，有条件地将企业并购引入破产程序可以产生与我国新《破产法》所规定的企业重整制度异曲同工的积极效果。例如，由其他企业将破产企业的破产财产整体购买，既包含了购买方与破产管理人（或者债权人会议）之间的价格协商，或者在破产财产整体拍卖过程中的竞价环节，减少破产费用的支出而减低破产成本；又可以减少甚至避免破产企业职工的流散和企业资产的流失。

三、法律规制是调整企业并购和破产的“游戏规则”

当然，不论是企业并购，还是企业破产，因其都涉及企业的人、财、物等社会资源的重新配置，关系到各方当事人以及利害关系人的经济利益，甚至与社会经济秩序息息相关，故而需要有完善的法律规范体系为其正常适用保驾护航，提供必需的法律支持。

西方各国数百年适用企业并购和破产的实践充分证明了相关立法的完善是不可缺少的社会条件。如美国、德国等西方发达国家均建立了以企业并购法和企业破产法为核心的规范制度体系。这些法律规范体系的适用，为企业并购活动和企业破产运作提供了明确的“游戏规则”，引导着广大企业在市场经济活动中依法参与企业并购与企业破产活动。上述立法在西方各国经济活动中日臻完善，对于我国企业并购和企业破产的立法具有重要的借鉴价值。

由于我国的经济体制从集中统一的计划经济转变为市场经济仅仅是二三十年的过程，企业并购与企业破产等经济现象和法律概念的出现都是在我国经济体制改革之后，因而，有关企业并购和企业破产的立法都显得经验不足，借鉴西方国家规范调整企业并购和企业破产的成功经验，完善我国的企业并购和企业破产的立法体系，为企业在市

场经营和市场竞争中参与并购和破产实践提供充分的法律依据便成为当务之急。

这正是本课题研究的立项基础，也是参研人员进行各自专题研究的出发点。笔者恳切希望通过本课题的研究，为我国企业并购和企业破产法律制度的完善提供有益的帮助。

目 录

绪论 企业并购与破产是我国市场经济生命力的主要“发生器”	1
------------------------------------	---

上 编 企业兼并制度专题

引语 兼并——中国企业自愿选择的优胜劣汰之路	2
专题一 对我国企业并购立法的考察与建议	贾林青 8
专题二 《关于外国投资者并购境内企业的规定》的法律 评析	李 胜 39
专题三 浅析杠杆收购	黄 腾 58
专题四 对管理层收购的法律问题研究	黄慧娜 70
专题五 对企业并购实行反垄断的制度探索	贾林青 苗孟佳 89
专题六 企业并购过程中职工权益保障研究	张 敏 116
专题七 论企业并购合同运用中的股东权益保护	金晓玲 151
专题八 外资并购国家安全审查的相关法律问题研究 ...	戴 洋 191

下 编 企业破产制度专题

引语 破产——强制中国企业实现优胜劣汰的法律之路	220
专题一 破产淘汰与预防破产并重，现代破产法的立法 宗旨	贾林青 222
专题二 新旧破产法比较	李 昊 235
专题三 我国企业重整制度的构建与适用	贾林青 钟 欣 253

专题四	我国破产程序中的别除权制度研究	贾林青	276
专题五	新破产法的破产管理人选任制度的理论与 实务	吕 军	318
专题六	破产财产在司法实践中的认定和处理	贾林青 赵 云	358
专题七	保证责任在破产中的运用	杨习真	375
专题八	论虚假破产罪的若干问题	付鑫婧	403
专题九	银行破产制度的构建研究	樊 环 林龙跃	435

上 编

企业兼并制度专题

引语 兼并——中国企业自愿选择的优胜劣汰之路

一、本课题研究的立足点是企业兼并

本部分研究的首要问题，涉及实践中若干概念的使用，包括企业合并、企业兼并、企业收购（并购）等。

企业合并，英文表述为 consolidation。在美国标准公司法和日本公司更生法中是这样解释的：在接受几家现有公司的基础上设立一家新公司。我国 1994 年 7 月 1 日正式实施的公司法将合并分为两类：吸收合并与新设合并。所谓吸收合并是指一个公司吸收了其他公司而成为存续公司，被吸收公司不再存在；新设合并指两个或两个以上公司合并而创立一个新公司，原来两公司均解散。可见企业合并就是指两个或两个以上的企业依照法律规定的程序，通过订立合同或协议的方式合并成一个企业的行为。具体而言，合并包括两种形式：一种是新设合并，是指两个或两个以上的企业通过合并“同归于尽”，而新的基础上成立一个新的企业，这个企业就叫新设企业；一种是吸收合并，是指一个企业吃掉另一个企业，前者存续，后者解散。

企业兼并，英文表述为 merger。在英国的《大不列颠百科全书》中是这样解释的：两家或更多的独立企业、公司合并组成一家企业，通常由一家占优势的公司吸收另一家或更多的公司。在美国的布莱克法律大辞典中，兼并指一个事物或权力被另一个事物或权力混合或吸收，一般来说，其中一方尊贵或重要，不重要的一方不再存在。在我国的 1989 年 2 月 19 日国家体改委、国家计委、财政部、国家国有资产管理局联合颁布的《关于企业兼并的暂行办法》中规定本办法所称

的企业兼并，使指一个企业购买其他企业的产权，使其他企业失去法人资格或改变法人实体的一种行为。1990年8月20日财政部颁布的《企业兼并有关财务问题的暂行规定》也认为，兼并是指一个企业通过购买等有偿方式取得其他企业的产权，使其失去法人资格或虽保留法人资格，但变更投资主体的一种行为。可见对兼并的理解有些不科学之处。首先，并非所有被兼并企业都有法人资格。在实践中发生的兼并案例中，有许多目标企业并不具有法人资格。其次，企业间的兼并并不是都以购买的方式完成，通过承担债务、购买、吸收股份和控股等形式都可以实现。因此，我们可以将企业兼并定义为：企业通过购买或其他有偿方式取得其他企业的产权，或施加支配性的影响，这两个企业间便出现了兼并，^①而兼并的方式包括承担债务、购买、吸收股份和控股等形式。

企业收购，英文表述为 acquisition or takeover。其意思在牛津辞典中是这样解释：获得、取得、买进、资产或产权的购置或购入、接管。可见企业收购指一个公司通过收购另一公司的股权，从而实现对另一公司的控制和管理，另一公司法人资格依然存在，但法人实体发生了变化。我国1993年4月22日颁布的《股票发行与交易管理暂行条例》规定，发起人以外的任何法人直接或间接持有一个上市公司发行在外的普通股达到30%时，应当自该事实发生之日起45个工作日内，向该公司所有股票持有人发出收购要约。又被称之为企业并购，其收购方式是通过股权交易市场，收购的结果是实现了对卖方的控股。

上述合并、兼并、收购（并购）之间的关系

合并与兼并。如前所述合并包括吸收合并和新设合并。其中，吸收合并指以公司吸收其他公司，被吸收公司解散。而兼并则是企业通过购买等形式取得其他企业产权，从而获得对被兼并企业的实际控制，被兼并企业不复存在。由此可见兼并是合并的一种形式即吸收合并。有人认为兼并不一定会导致被兼并企业不再存在，兼并方只是取

① 王晓晔著：《企业合并中的反垄断问题》，北京：法律出版社1996年版，第224页。

得被兼并方的部分资产，形成对被兼并企业的控制权。但是，笔者认为：此时被兼并企业虽然没有被解散，但是仅仅是法人资格存续，经过人力、文化、管理模式等各方面的整合，法人实体已经发生了根本性变化，完全成为了兼并企业的二级法人。正像马克思所说的，内容决定形式，形式是内容的表现。被兼并企业的法人实体已经发生了变化，作为表现法人实体的法人资格已经发生了根本变化。在此意义上，笔者认为被兼并企业已经成为兼并企业的二级法人，兼并企业已经将前者吸收。显然，兼并是优势企业吞并劣势企业，这有利于概念的推广、使用和国际交流。

兼并与收购（并购）。根据上述比较，收购有其特殊性，专指一家公司通过在股权交易市场购入另一家公司一定比例或全部股权，以获得对该公司的管理权和控制权。可见，企业收购这种市场行为无论是在收购的客体和对象，还是在收购方式上都存在特殊的法律限制。而兼并较之于收购则更为宽泛。兼并的方式包括承担债务式、购买式、吸收股份式、控股式。承担债务式指兼并方以承担被兼并方的债务为条件来接受其资产的行为；购买式指兼并方通过与被兼并方讨价还价出资购买其资产的行为；吸收股份式指将被兼并方的资产作为股金投入到兼并方，从而成为兼并方的股东；控股式兼并指兼并方通过购买被兼并方的一定比例的股票，从而达到对被兼并方的控制权或全部产权。由此，笔者认为收购是兼并的具体形式之一，属于控股式兼并。兼并的方式多种多样，当兼并方采取控股式兼并、通过股权交易市场取得对被兼并方的控制权时此种兼并即为收购。

鉴于以上论述，并购属于兼并，兼并又是合并的一种形式，从逻辑关系上可以用企业合并来囊括三者。但是，笔者感觉有些不妥。因为合并这个概念外延太广、太抽象，不能突出兼并与并购的特点，不能体现市场经济所适用的优胜劣汰机制，不能反映出企业的竞争忧患意识，合并给人的更多感觉是平等、和平、无偿、平静、缓慢。而兼并就是强者对弱者、大对小的吞并。据现代汉语词典解释，兼并并为并吞之意。其来源如下：《左传昭公八年》：“孺子长矣，而相吾室，欲兼我也。”《汉书武帝纪》：“有禁兼并之涂。”颜师古注：“李奇曰：谓大家役

小民，富者兼役贫民，欲平之也。”文颖曰：“兼并者，食禄之家，不得治产，兼取小民之利；富人随父，不得福建出田宅，作客耕农也。”^①同时，收购本来就属于兼并的一种形式，用企业并购这个词似乎把兼并和收购认为是两个并列的概念，无从属关系。这样不妥。综上，笔者将本课题研究的立足点确定为企业兼并就更为科学。同时，尊重参与本课题研究的诸多人士在各自行文中使用兼并、并购、收购等词的习惯，而没有改动此类用语，故广大读者应当从兼并的角度统一理解。

二、企业兼并是企业自愿选择的优胜劣汰之路

公司并购就是公司兼并和公司收购的总称，英文简称为 M&A (Merger & Acquisition)。公司兼并，根据对 merger 一词的解释“指两家或更多的独立的企业、公司合并组成一家企业，且通常由一家占优势的企业、公司吸收一家或更多的企业、公司”。目前我国学术界对此也有比较一致的定义：是指经由转移公司所有权的方式，一家或多家公司的全部资产与责任都转移为另一家公司所有。作为结果，其资产与责任都予以转让的公司不需要经过清算而不复存在，而接受该公司全部资产与责任的另一公司仍然完全以该另一公司名义继续运营。这在传统的公司法关于公司合并的理论中被称为吸收合并。而公司收购 (Acquisition or Takeovers) 则是指一个公司用现金、债券或股票等购买另一家公司的股票或资产，以获得对该公司的控制权行为，其特点在于目标公司经营控制权易手，但目标公司法人地位并不消失。收购有两种：资产收购和股权收购。由于兼并、收购在概念上有很大的重叠部分，且两者在经济运行中所产生的作用也基本一致，所以在实践中两者也经常被人们混用。本文就是将这两者结合起来使用的，本文认为公司并购就是指一家公司以现金、债券、股票或其他有价证券，通过收购债权、直接出资、控股及其他手段，购买其他公司的股票或资产，取得其他公司的资产的实际控制权，使其失去

① 王守安著：《兼并·破产·再就业》，北京：企业管理出版社 1998 年版。

法人地位或对其拥有控制权的行为。

本专题称之为“公司并购”的企业兼并，它在西方市场经济比较发达的国家，已有一百多年的历史。一百多年来，以美国为首的西方国家公司并购共经历了五次高潮，每一次都在很大程度上推动了各国经济的发展乃至飞跃。而公司并购在我国存续时间不长，即使从最早发端于1984年河北保定市液压件厂兼并保定市柴油机厂一案算起也不过是二十几年时间，而将公司并购作为企业重组工作的主要内容则是从1995年下半年才真正开始推进的。然而，我国实践也表明，企业兼并不仅在宏观上可以促进产业结构和地区布局的优化和调整，促进社会资源的优化配置；而且在微观上，企业兼并更可以促进国有企业转变经营机制，盘活我国庞大的存量资产，促进企业管理理论、技术水平的提升，增强企业的竞争力和市场控制力。因此，可以说企业兼并是现代市场经济条件下，企业进行资产集中、实现扩张的一种优选形式，也就是在市场经济条件下完成产业组织结构调整、优化资源配置的一种有效途径。

因为，企业并购的突出特点，即参与并购的各方企业之间，不论其所处的经济地位是强势还是弱势，在法律地位上仍是平等的，企业并购正是以平等的市场主体之间的协商议定为前提的。并购方企业与被并购方企业，均应当根据自身的实际情况，做出判断，从并购决策到并购方式、并购方案以及各项具体的并购条件，都是各自提出意见，经过讨价还价的协商过程，最终达成并购协议，意味着企业并购关系的正式建立，并产生了法律效力。可见，并购协议对于企业并购活动具有法律认可的约束力，是企业并购得以完成的重要依据。

同时，企业并购与企业投资人——股东们利益攸关。虽然，并购方企业的股东与被并购方企业股东的地位有所区别，但是，对于其合法利益予以平等的法律保护成为企业并购立法的重要任务之一。

在市场经济条件下，企业并购已经不可能是一两个当事企业孤立的事情，而是关系到其职工利益和市场经济发展、市场竞争行为以及国家安全等社会利益，因此，企业并购立法应当对这些方面做出相应