

外资并购境内企业的 法律分析

(2008年修订增补版)

An Anatomy of Merger and Acquisitions
of Domestic Enterprises by Foreign Investors
—From Legal Perspective (Revised edition 2008)

叶军 鲍治◆著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

外资并购境内企业的 法律分析

(2008年修订增补版)

An Anatomy of Merger and Acquisitions
of Domestic Enterprises by Foreign Investors
——From Legal Perspective (Revised edition 2008)

叶军 鲍治◆著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外资并购境内企业的法律分析:2008年修订增补版/
叶军,鲍治著. —2版. —北京:法律出版社,2008.1
ISBN 978-7-5036-7937-7

I. 外… II. ①叶…②鲍… III. ①外资公司—收购—
企业—法律—研究—中国②外资公司—企业合并—法律—
研究—中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 000279 号

©法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/38.25 字数/611千

版本/2008年1月第2版

印次/2008年1月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7937-7

定价:86.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



叶军 1972年生，山东人。民商法博士，经济学博士后。目前供职商务部条法司（反垄断调查办公室）。

著有：《外资并购中国企业的法律分析》、《破产管理人制度理论和实务研究》、《中国利用外资研究》、《财产损害赔偿》等。

参编：《反垄断法理解与适用》、《合同法解释与适用》、《中国损害赔偿全书》、《WTO新回合法律问题研究》等。

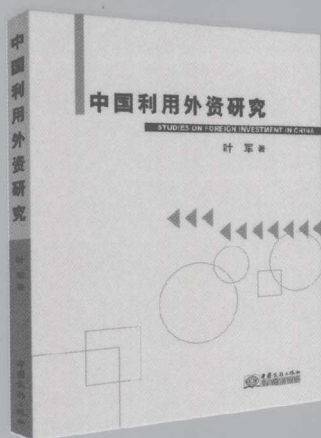
论文：在法学类、经济类核心期刊发表论文数十篇，多篇为《人大复印资料》转载。



鲍治 1977年生，安徽太和人。民商法学硕士。2001年华东政法学院研究生院毕业后加入外经贸部，现供职于商务部条约法律司投资法律处。

主要成果：在《中国外资》、《ASIAN COUNSEL》、《法学》、《华东政法学院学报》、《涉外商事海事审判指导》、《律师世界》、《企业与法》等中英文刊物发表文章数篇，多篇为《人大复印资料》转载；参编《WTO新回合法律问题研究》。

本书姊妹篇，中国商务出版社2007年出版



叶军 著

《中国利用外资研究》内容提要

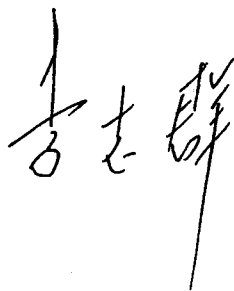
中国改革开放和利用外资已经走过了三十年历程。中国已成为世界上利用外资最多的国家之一。研究中国利用外资是理论界和实践部门共同面临的课题。

本书以外资政策的确立发展为基点，系统回顾了不同阶段的政策法律；从外资在中国的年代、产业、行业、地区、来源地分布等视角，审视了利用外资的历史现状；从利用外资的规模、固定资产投资、工业产值、财政税收、对外贸易等方面，考察了外资在中国的地位。本书在反思外资经典理论“双缺口”模型的基础上，分析了中国引进外资的“非典型缺口”经济现象，阐释了是否应继续坚持积极外资政策的热点问题。本书汇总了中国利用外资的积极和消极效应，并在此基础上进行了比较研究。对当前关于外资效应最具争议的几个问题进行了深入分析。本书介绍和分析了中国所处的多双边投资、贸易和税收等法律框架对利用外资理论和实践的互动和影响。

本书对外资研究人员、从事外资工作的国家机关工作人员、律师、会计师、咨询师，以及外国投资者和吸引外资的国内企业均具积极的参考价值。

研究外资并购的理
论和实践,提高利用外资
的质量和水平。

商务部
外资司司长



二〇〇七年十二月十日

序言 (第一版 2004 年)

众所周知,中国的对外开放是从吸收外资开始的。25 年来,中国吸收外商直接投资成就巨大,举世瞩目。目前,中国已经成为世界上吸收外国投资最多、吸收外国投资增长最快、利用外国投资最有成效的国家之一。在吸收外商直接投资规模不断扩大的同时,中国更加注重促进和利用外国直接投资的方式的多样化,优化吸引和利用外国直接投资的结构,进一步提高吸引和利用外国直接投资的质量和水平。

跨国直接投资主要有跨国并购与新设企业两种方式。在世界范围内,跨国并购已经成为跨国直接投资的重要方式,自 90 年代以来,全球 FDI 流动的一半以上都是以跨国并购形式进行的。尤其是在发达国家,其外国直接投资的绝大部分都是由跨国并购所带来的。据统计 90% 以上的跨国并购是发生在发达国家之间。发展中国家作为整体,自 90 年代中期以来并购活动增长迅速,在外国直接投资中所占比例近三年升至 1/3 左右,但仍低于新设企业投资的比例,新设企业投资仍然是发展中国家外资的主要来源。

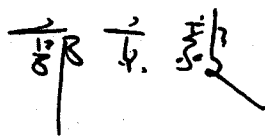
为了在更大的范围、更广的领域和更高的层次上吸收和利用外资,全面提高吸收利用外资的质量和水平,中国政府需要采取各种措施,花大力气做好各方面的工作。其中,继续完善吸收和利用外资的法律体系,改进招商引资的法律模式,鼓励和促进外资通过并购的方式参与包括国有企业在内的中国企业的重组改造,将是推动国内企业重组和高水平利用外资的新动力。商务部(包括原外经贸部)一直在致力于外资并购的立法利实践研究工作,并于2003年1月2日,原外经贸部等四部局联合颁布了《外国投资者并购境内企业暂行规定》。该暂行规定是目前外资并购领域最新、最权威、最具有可操作性、体系最完善的规范性法律文件。该规定的颁布标志着外资并购在中国的规范化和法制化。

然徒法不足以自行,要把《外国投资者并购境内企业暂行规定》等有关外资并购的文件落到实处,还需要各方面做大量的调查研究和论证工作。

叶军同志的《外资并购中国企业的法律分析》就是一个很好的尝试。作者充分利用自己扎实的法学理论知识和详实的一手资料,来源于实践,立足于实践,深入浅出地阐述了外资并购中国企业的法律问题,是书本上的法学理论在实践中灵活运用的典范,是跨学科、跨领域研究的创新性专著。该书对于行政机关工作人员、国内企业、外国投资者、律师以及会计师都有积极的参考价值。

是为序,并祝叶军同志在今后的研究和工作中取得更大的成绩!

商务部 条法司 副司长



二〇〇三年十二月二十九日

序言 (修订增补版 2008 年)

1978 年党的十一届三中全会决定,全党全国工作的中心转移到社会主义现代化建设上来,同时提出,为推进中国经济的现代化,必须采取对外开放的基本国策,把利用外资作为我国对外开放的重要组成部分。今年恰逢中国改革开放三十周年,也是中国利用外资政策提出的三十周年。刚刚闭幕的党的十七大对改革开放做出了历史性的评价:改革开放是决定中国命运的关键抉择。改革开放是中国的基本国策,积极吸收外商直接投资则是中国改革开放基本国策的重要内容。坚定不移地坚持利用外资政策,已经成为中国改革开放伟大事业的重要组成部分和鲜明特征之一。

在中国改革开放、吸引和利用外资的三十年中,中国吸收和利用外资数量持续快速增长,外资结构不断优化。截至目前,中国吸收外资累计已经超过 7000 亿美元,成为全球第三大外商投资东道主。中国积极利用外资的政策和实践,不仅促进了国民经济又好又快地发展,还有力推动了社会经济的全面进步;利用外资不仅解决了国内建设缺乏资金的问题,还提升了包括管理模式、经营理念、技术创新、质量标准、会计和法律规则在内的软实力;利用外资的历程不仅是简单的资金投入,更是转变经营机制、提高管理水平、深化改革开放、融入国际社会,实现共同发展、科学发展、和谐发展的有效途径。

中国对外开放、利用外资的三十年,也是经济全球化日趋加强、国际竞争日益激烈、跨国投资持续增长的三十年。在这三十年的历程中,我们成功应对了国内外的各种困难和挑战,坚定不移地执行对外开放、利用外资的政策,利用外资的水平和质量得到了显著提高。经过三十年的探索和实践,外资在发展我国国民经济、建立和完善市场竞争机制、提高自主创新能力、增强社会责任感等方面发挥了重要作用,逐步形成了与中国社会经济发展和谐共赢的良性模式。与此同时,中国政府对外资管理的水平日益提高,利用外资的方式逐步多样化,包括外资并购、创业基金、服务外包等新型利用外

在中国三十年利用外资的历史中,绿地投资仍然占据主流。跨国公司开始在制造业、化工业、基础材料业、消费品生产和服务业等领域开展较大规模的并购业务,也是在近些年才引起各界的注意。总体来看,外资并购在中国利用外资的总量中占据的比例并不大,各界对并购交易问题的了解还不尽全面,相关部门在处理过程中也比较谨慎,在法律上还有很多制度空白和规则冲突,在具体操作中也有大量技术性问题需要进一步研究和明确。但是我们应当看到,外资并购为我国承接国际产业转移和创新利用外资方式带来了新机遇。我们应当抓紧研究并尽快健全相关的法规制度,引导和规范外资并购健康发展,防范外资并购引发竞争损害,保持重要行业和关键领域的控制力,确保国家经济安全,促进中国利用外资的和谐发展。

叶军博士较早开始对外资并购的研究,并于2004年出版了《外资并购中国企业的法律分析》一书。应法律出版社和读者之邀,结合三年多来相关外资法律和实践的最新调整,叶军博士和鲍治同志对该书进行了修订增补。本书对外资并购中的法律问题和最新热点进行了深入分析,澄清了一些模糊认识,提出了自己的见解。本书对理解我国外资并购政策,完善外资并购法律规则,促进外资并购健康发展具有一定的参考价值,值得一读。

郭京波

二〇〇七年十二月十三日

目 录

序言(第一版 2004 年)	1
序言(修订增补版 2008 年)	1
第一章 外资并购基本问题和基本模式分析	1
第一节 外资并购的概念解析和基本类型	1
第二节 外资并购的法律本质和立法动因	11
第三节 我国外资并购的实践和立法演进	16
第四节 股权式外资并购概说	23
第五节 资产式外资并购概说	36
第二章 外资并购法律适用的冲突和协调分析	56
第一节 外资并购法律框架及其协调适用	56
第二节 外资并购和国有资产监管	78
第三节 外资并购与上市公司监管	106
第四节 外资并购与企业改制司法解释	118
第五节 外资并购与外商投资项目核准	134
第三章 外资并购的基本原则和原则性问题分析	137
第一节 外资并购的基本原则	137
第二节 外资并购与外资产业政策	147
第三节 外资并购与国家经济安全	152
第四节 外资并购与发展民族产业	162
第五节 外资并购与职工安置问题	168
第六节 外资并购与税收征管问题	179
第七节 外资并购与外汇管理问题	191

第四章 外资并购中债和交易问题分析	202
第一节 外资并购中目标企业的债务处理	202
第二节 外资并购中债转股问题分析	215
第三节 外资并购的交易价格控制	220
第四节 外资并购中的对价交付和出资	234
第五章 外资并购中企业设立和变更问题分析	247
第一节 中方自然人在中外合营企业中的法律地位	247
第二节 外商投资企业最低外资比例问题分析	254
第三节 外资并购成立外商投资企业的注册资本和投资总额	266
第四节 外资并购成立外商投资企业的股比计算	280
第五节 新公司法施行对外商投资企业的影响	289
第六节 外资并购后成立的外商投资企业的待遇	310
第六章 外资并购审批和登记制度分析	314
第一节 外资并购审批制度问题分析	314
第二节 股权式外资并购文件申报问题分析	323
第三节 资产式外资并购文件申报问题分析	338
第四节 外资并购后的企业登记注册问题分析	343
第七章 外资并购中的返程投资、红筹上市及私募基金问题研究	348
第一节 外资并购中的返程投资问题分析	348
第二节 外资并购中的红筹模式研究	366
第三节 红筹模式中的避税地及离岸公司研究	383
第四节 外资私募股权投资基金参与并购相关问题分析	391
第八章 外资并购反垄断申报和审查制度分析	410
第一节 外资并购垄断审查机制的立法动因	411
第二节 外资并购反垄断申报审查制度	421
第三节 境外并购反垄断申报审查制度	437
第四节 外资并购反垄断审查豁免制度	447
第五节 反垄断审查最新动态及展望	455

关于加强外商投资企业审批、登记、外汇及税收管理有关问题的通知	589
商务部关于请确认《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》是否适用于外商投资的函	591
中华人民共和国最高人民法院对《商务部关于请确认〈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〉是否适用于外商投资的函》的复函	592
最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定	593
后记(第一版 2004 年)	596
后记(修订增补版 2008 年)	598

第一章 外资并购基本问题和基本模式分析

第一节 外资并购的概念解析和基本类型

一、外资并购的概念解析

(一) 外资的内涵和外延

“外资”是通俗的称谓,而不是精确的法律概念。在讨论外资并购之前有必要对“外资”这个尚无精确法律含义的词汇的内涵和外延予以明确。我们所说的外资是从资本输入国的角度出发,对来自外国的投资(foreign investment)约定俗成的简称。我们通常在以下几个意义上使用外资的概念:一是外国的投资者。我国利用外资的实践中,原则上按照投资者的国籍和住所确认投资者的身份和投资的性质。二是国外的资金或资本。目前我国在外资含义上使用的国外资金并不是凡指一切来自国外的资金或资本,也不是凡指一切外汇资金或资本,而是需要与前条合并考虑。外国的投资者合法所有的资金或资本都可以统称为外资。结合这两个方面,我国法律意义上的外资可以界定为,按照中国法律规定,外国投资者为取得我国企业的股权或者类似权益而投入的资本。

根据我国的特殊情况,需要对外资的外延作以下说明:第一,港澳台投资者的投资被视为外资。香港、澳门和台湾是我国的领土,住所在香港、澳门和台湾的自然人和法人都属于中国居民或中国法人。这在政治意义上是没有任何异议的。出于历史和现实因素的考虑,目前香港、澳门和台湾还是不同于内地的特别行政区和地区。我国外商投资的立法和实践历来把来自香港、澳门和台湾的投资视为外资,按照外商投资的程序办理,享受外商投资的待遇。例如,《中外合作经营企业法实施细则》第 57 条规定,香港、澳

门、台湾地区的公司、企业和其他经济组织或者个人以及在国外居住的中国公民举办合作企业,参照本实施细则办理。《外国投资者并购境内企业暂行规定》第 25 条也明确规定,香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的投资者并购境内其他地区的企业,参照本规定办理。第二,外国投资者在我国境内的合法收入也属于外资。外国投资者的投资一般来源于境外并表现为外汇资金的形式。随着外国投资者在我国境内大量投资并获得可观的人民币利润,外国投资者有将人民币利润在我国继续投资的需要,我们也欢迎和鼓励外国投资者把人民币利润进行再投资。外国投资者以合法拥有的境内人民币利润进行境内投资时,该人民币利润则被视为外资。从理论上讲,凡是外国投资者在中国境内合法持有的,根据中国的外汇管理法律法规,可以自由兑换成外汇汇往境外的各种资金和财产,如清算所得、股权转让金,在境内投资都应当被视为外资。

鉴于外资并购的特殊情况,还需要对外资的范围作出扩张解释。从主体的角度上讲,外商投资的基本和最初的含义是指境外的投资者的行为,但是在外资并购中仍然沿用这个内涵就不能满足实践的需要了。外国投资者可以亲自出马并购境内企业,也可以通过其在境内的外商投资企业进行并购。例如,根据《外商投资企业境内投资的暂行规定》,外国投资者可以通过已经在境内设立的外商投资企业收购兼并境内的其他企业。尽管《外国投资者并购境内企业暂行规定》没有明确规定这种并购情形,但是我们认为,在实践中应当结合《外商投资企业境内投资的暂行规定》和《外国投资者并购境内企业暂行规定》对该类外资并购进行监管。对此本书在相关章节还将进行进一步的讨论。我们还应当看到外国投资者通过境内的投资性公司进行并购的情况。投资性公司是外商投资企业中一种非常特殊的类型。一方面,投资性公司是外商投资企业,属于中国法人;另一方面,投资性公司在境内的投资又被视为外国投资者的投资,其投资的企业属于外商投资企业。在中国设立了投资性公司的外国投资者,一般都是通过投资性公司在境内开展投资业务,并购境内企业就是这项业务的重要组成部分。因此在讨论外资并购的时候,不能遗漏外国投资者通过其在境内设立的投资性公司进行并购的情形。《外国投资者并购境内企业暂行规定》第 24 条已经明确规定,外国投资者在中国境内依法设立的投资性公司并购境内企业,适用本规定。这样一来,外资并购中外资的范畴就大大拓宽了。从主体上来讲,外资不仅来源于境外的投资者,也来源于境外投资者在境内设立的外商投资企业,尤其是投资性公司。