

法学论丛



民 商 法 系 列

理律文教基金会丛书

财 经 法 律 与 企 业 经 营

——兼述两岸相关财经法律问题

◆ 陈长文 等著

北京大学出版社

法学论丛

AW

民商法系列

理律文教基金会丛书

财经法律与企业经营

——兼述两岸相关财经法律问题

陈长文 等著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

财经法律与企业经营/陈长文著. —北京:北京大学出版社, 2003. 1
(法学论丛·民商法系列)
ISBN 7-301-05907-8

I. 财… II. 陈… III. ①财政法-基本知识-中国 ②经济法-基本知识-中国 IV. D922. 2

著作权合同登记图字 01-2002-6478 号

书 名: 财经法律与企业经营

著作责任者: 陈长文 等著

责任编辑: 耿协峰

标准书号: ISBN 7-301-05907-8/D·0661

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 高新特激光照排中心 62637627

印刷者: 北京大学印刷厂

发行者: 北京大学出版社

经销者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 13.875 印张 400 千字

2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

序

观察财经法律的宏观角度与微观角度

如果,把财经法律当成一个故事来看,那么对中国的企业家乃至法律人,要从什么角度,去开始对这篇故事的品味?我想,宏观与微观,是两个不错的切入点,宏观地看,财经法律在中国扮演的角度;微观地看,企业家对法律应有的态度。前者见林,后者见树,既见其林,复见其树,这是本书所希望带给读者的。

宏观中国财经法制 ——法制是市场经济的根基

根据中国统计局最新的统计资料显示,2002年中国大陆国民平均所得将达到一千美元,以中国大陆人口计算,这是一个令人惊讶的数字,也证明改革开放确已取得具体的成效。同一时间,相关部门公布了今年前三季中国大陆的经济成长率可达百分之七点九,足以说明中国大陆整体经济实力仍在向上提升,值得关注。

然而,在这股沛然莫之能御的潮流中,人们除了欣喜于经济条件之改善外,更应认真思考中国大陆面临之问题所在。无可讳言,法制的建立,可以说是改革开放后的新中国最迫切的工程之一。

中国大陆自20世纪90年代开始进行司法改革以来,在涵盖面广泛的立法成果方面,确有重大成就,其中尤以财经法律的陆续出台最受瞩目。加入世界贸易组织后,如何不断推出更多促使政府作为公开、保障贸易活动自由、强化消费者权益以及维护正当程序机制的法规,并逐渐与国际规范接轨使法制建设完善,亦是艰巨的挑战。近十余年来的司法革新虽然已为发展市场经济所需的规范提供必要的基

2017/10

础。展望未来,进一步落实司法改革、健全财经法律制度,才是确保市场经济发展的重要基石。

当前世界上绝大多数的国家咸奉行市场经济。在这种体制之下,凭着市场的供应与需求来决定价格,透过良性竞争使得竞争者彼此之间的品质及价格上进行效能竞争,这是在市场经济下很自然的活动。市场经济活动愈频繁、愈复杂,愈需靠法律的机制来互相配合、调整。换言之,法律机制是市场经济不可或缺之基础,没有法律,市场经济根本无法运行。法律是吾人生活的一部分,市场经济下企业的经营更与法律密切相关。为使市场充分发挥力量,政府的职能除订定必要的规范、维持安定的秩序外,应该尽量少做限制,让市场机能来调整经济活动,财经法律在其中就发挥重要的作用。

因此,要让财经法制在中国生根,宏观地去认识财经法律的基本体系与原则,以及其在中国的角色定位,是必要的方法。而提供这样一个宏观的经纬仪,就是本书的第一个目的。

微观企业家的法律思维

——法律是企业经营不可缺的情报

在一则轶闻,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,一些倒霉的蒙古探子,传回噩耗的同时,也得陪上性命。^①

有时企业经营者在面对复杂的法律问题,时,不知不觉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,成吉思汗统率强悍的游牧军队横冲直撞的丰功伟业,不适用现代法律紧致规范的商业与社会环境,对现代的企业经营者而言,一个不谨慎的解法决定,不仅会

^① 佐佐淳行著,陈惠莉译:《危机管理》,稻田出版,台北,1996年,第50~51页。

造成企业的重大损失,严重者甚至会造成企业的倒闭。

这可以说是许多东方国家的企业经营者的决策通病,即不习惯将法律因素置入决策的评估程序中,致使公司蒙受重大损失,甚至一蹶不振,对于财经法制建设初起的中国而言,企业家如何突破这样的惯性更显重要。法律对企业而言是个不可忽视的存在,其重要性不亚于传统基于企业功能区分的生产、行销、人事、财务、研发或信息管理,实是企业经营者要做出妥善商业判断的必修课题。

惟法律规定千头万绪,以经营者有限的时间精力,实不可能去了解每一个法律细节,这种细节了解的不可能,往往也是经营者对法律信息采取排拒态度的原因。这时,面对复杂的法规环境,如何以简驭繁就成为商业决胜的关键。大体上,企业经营者应建立三个部门去处理法律问题。第一部门是管理者本身,管理者仍要建立基本的法律概念,并掌握应对法律问题以及将法律因素纳入决策程序的惯性与方法;第二部门,则是建立企业内部的法律反应机制,即企业的内部法务,作为处理日常性与例行性法律问题与事件的单位,并以其对法律具有的基础知识担任第一部门与第三部门的沟通桥梁;第三部门,则是建立企业外部的法律咨询机制,以补充管理者以及企业法务人员对法律的技术性细节认识的不足,并解决更具体、专门且复杂的法律个案。

因此,如何为没有正式学习法律,但却必须日日面对法律的管理者(第一部门)建构一个掌握财经法律的登堂阶,这样一个经营者与法律之间微观关系的建立,就是本书的第二个目的。此外,由于该书网罗了理律法律事务所同仁的长期处理企业法律问题所累积的丰富而专业的实务经验,亦可作为一种连结理论与实务、跨越企业与法律的桥梁书,让企业内部的法务人员(第二部门)、乃至外部的法律咨询机构(第三部门)能更精确地掌握解决企业法律问题的方法。

宏观观点与微观观点的交错

从企业家的需求看法律,从法律对中国的功能角色看企业家在

其中的定位,透过这种宏观观点与微观观点的交错,我们希望本书能针对企业经理人、财经政策制定者、甚至法律人以及商学院乃至于法学院的在学学生,提供学习与认识财经法律的入门方法。

值此知识经济的崭新时代,以知识为主轴的经济模式彻底改变人类社会提升生产力与创造财富的模式。其人才的特质在于能够更新知识结构、掌握新的学习与科学工作方法,对知识的整合、运用及创新更是个别企业乃至国家赖以生存竞争的关键。企业经理人为维持企业竞争优势,除了需努力充实专业知识、开拓国际视野、培养应变能力以开创时势追求企业利润外,更应胸怀社会与国家,善尽企业责任,以企业的永续发展为目标。本书内容即以企业经营所涉各种财经法律的整体层面,择其优先之重点而为阐述,期使两岸企业经营者面临国际与国内挑战时,能以法律为战略资产(strategic asset),结合企业策略与法律分析,以兴利防弊达成企业经营之目标。

作为台湾地区规模最大、历史悠久、形象专业均已备受肯定的法律事务所——理律法律事务所,我们希望能藉此抛砖引玉,就“财经法律与企业经营”之相关课题,以理律同仁处理相关法律实务的经验,尤其是跨国性法律事务的处理经验,佐以各企业相关法律法规的最新理论、中国的法制发展趋势及国际立法脉动,并援引相关实例深入讨论,俾使两岸的企业经营者在经营与管理企业时,得以有更充实的法律认知,以成为卓越的经营管理者。本书内容曾作为中国一些主要管理学院课堂讲义使用,尝试结合企业经营与财经法律,提供两岸企业经营者全方位的企业经营理念,理律法律事务所虽已竭尽所能,力求涵盖全貌,惟由于时间上的局限,本书所能兼顾之财经法律内容难免有所不足。

让我们回到前面提到的成吉思汗的例子,对中国的企业经营者而言,丛林式的商业时代已经结束,法律已然成为商业竞争最重要的基准与框架,假使成吉思汗处身今日,我想“传回不祥情报者斩”这个雅萨军律,只怕也得加个“法律分析,不在此限”的但书。

最后,本次出版得力于北京大学出版社杨立范、耿协峰两位先生的大力协助,以及本所同仁谢英士、李美智和罗智强同学的费心联

系与安排，本人在此由衷表示感谢。当然，其他参与著述的本所同仁，能在工作之余，结合理论与实务，投入撰稿，使本书内容益加丰富，本人亦至表感谢。

陈长文 谨识
理律法律事务所

内 容 简 介

一、财经法律与企业经营——导论

21 世纪之企业经营者绝不可无法律认识而能成功地活跃于复杂且变化万千的全球商业环境之中,法律的强制规范本质,在立法、司法、行政,甚至国际的场域中,继续对世界的经济活动扮演积极角色,期许成为企业经营的优势竞争者,除了能充分应变,开创时势,追求企业利润之外,更应善尽企业的社会责任,确保企业的永续发展;本篇内容即以企业经营所涉各种财经法律的整体层面,择其优先之重点分述之,期使两岸企业经营者面临国际与国内挑战时,能以法律为战略资产(strategic asset),结合企业策略与法律分析,形成一个政策分析,兴利防弊,达成企业经营之目标。

二、公司治理与新创事业

公司治理(corporate governance)与新创事业(startup)是最近二十年来十分热门的企业研究课题,本篇内容将从公司治理的意义切入,比较中国大陆与台湾地区公司法制的发展与共同面对的问题、探讨公司治理与公司融资之间的关系、简介国际上有关公司治理的思考、检讨大陆地区目前面对的几个和公司治理有关的问题(国有企业上市规范、外部董事构想)等,并讨论创投与新创事业的产业背景、发展状况,以及执行时应注意之法律问题与实务考虑等,以供两岸企业经营者在面临相关法制调整时之参考。

三、人世(WTO)后企业经营应有之法律认识

两岸加入 WTO 在即,两岸企业在面对成为 WTO 成员后所可能产生之影响,应预作准备。本篇内容将介绍 WTO 之基本原则(最

惠国待遇原则、国民待遇原则、透明化原则)、基本精神(自由贸易、公平贸易)以及相关重要协议,期能使两岸之企业经营者对入世(WTO)后各有关法律层面对企业经营之影响有所认识并及早因应。

四、企业跨国购并之法律规划

国际经济体系已有全球化之趋势,人才、资金、技术、市场已不再以传统疆界为限,故取得国际人才、资金、技术及市场,乃为企业经营之要务,而透过企业跨国购并为一有效管道。本篇内容将讨论、研究企业在进行跨国购并可能遭遇之法律问题,俾能帮助两岸的企业经营者预作妥善的法律规划。

五、跨国合资事业之法律规划

跨国合资事业之规划及执行,所涉及的法律问题甚为庞杂,本篇内容将就东道国外人投资所涉及之相关法令政策、筹组合资事业有关的商业谈判议题进行讨论,并介绍一般跨国合资协议常见的合同条款及相关设计;另外,针对未来中国大陆加入世界贸易组织后,对于外人投资及涉外合资企业之影响亦将于本篇内容中有所讨论并提出因应之道。

六、贸易障碍与产业竞争—反倾销实务简介与答辩策略

80年代至90年代上半期,台湾地区产业结构随着经济型态的转型,逐渐成为各国著名品牌的代工重镇,强大的出口竞争力对欧美及其他国家同业构成重大威胁,欧美业者为排除台湾业者,常以反倾销措施做为法律上的竞争武器。大陆地区近来由于产业的飞快成长,俨然已成为“世界的工厂”,此声誉的背后,势必将是不绝如缕的反倾销调查案。本篇内容拟藉处理欧美反倾销案例之实战经验,从实务层面说明反倾销的法定要件及其实际适用所生之若干问题,并提出建议,以供业界参考。

七、知识产权跨国诉讼之管理及策略

知识产权所涉争议,已愈来愈有跨国的特性,这是寻求知识产权

保障的国际化趋势所必然产生的课题。面对欧美日等国家在知识产权上的优势,以及提出相关诉讼的威胁下,其他国家的业者,如何因应,减低风险、损失,甚而采取反制,实为重要的课题。台湾威盛电子(VIA)在欲进入芯片组及CPU市场时,即遭到美国Intel公司专利侵权诉讼的威胁,即为适例。本篇内容计划以台湾因应的经验为中心,探讨如何运用适当的管理及策略,取得有利地位,消弭风险。

八、知识产权授权与不公平竞争

在知识产权纠纷中,主张权利被侵害的一方常指控侵权的一方如何侵害其所享有的权利,而被控的一方除辩解外,亦常会主张权利人违反反托拉斯法(antitrust law)或反不公平竞争法(anti-unfair competition law)做为抵制工具。本篇内容包含知识产权纠纷发生时攻击防御处理对策、授权谈判策略、授权契约重要约款,以及知识产权授权与不公平竞争的关系等,期使一般企业经营者明了知识产权正当行使的法律界限及知识产权纠纷处理方法。

九、市场经济之竞争法规与竞争政策

市场经济之竞争法则,一方面在避免市场经济力量的过度集中,以维持市场之自由竞争,一方面则在规范各种不正当竞争之行为,以确保市场之公平竞争与秩序。中国目前的经济体制,已渐由社会主义之计划经济转为社会主义之市场经济,本篇内容将介绍竞争法规的基本概念、反垄断及反托拉斯法,以及企业结合、合并的法律规制等,并就中国企业在面对市场经济竞争法规时,如何因应、调整并做决策进行探讨。

十、基础建设与项目融资法律规划

公共建设民营化,BOT(Build-Operate-Transfer)即为其模式之一,因为引进民间灵活的经营方式及充沛的资金,得以加速建设并有效经营,已成为多数国家兴建公共建设的新风潮。然因通常此一模式所涉及之金额甚巨,且难免受经验不足、人才缺乏、法制不周全等因素影响而衍生各项风险,本篇内容尝试透过风险管理的角度分析和

探讨 BOT 项目的相关问题,并藉由相关风险之管制措施,以减少对 BOT 项目所可能造成之冲击,以达 BOT 对公共工程之最大效益。

十一、国际商事争端之解决

国际商事争端是企业从事国际经营恒欲避免但恒难避免的问题。本篇内容将以两则国际商事争端的具体案例,依国际通行之 ADR(alternative dispute resolution)方法的讨论,探讨两种解决国际商事争端机制模式(商业协调导向模式或权利义务导向模式)之异同与利弊,并分析选择解决模式时应纳入之考量因素、企业在国际商事争端中因不同之地位应采取之策略等,最后再就预防国际争端之基本方法提出检讨与建议。

目 录

财经法律与企业经营——导论·····	陈长文 (1)
公司治理与新创事业·····	刘绍禄 (54)
入世(WTO)后企业经营应有之法律认识 ·····	范 蛟 (92)
企业跨国购并之法律规划·····	刘瑞霖(116)
跨国合资事业之法律规划·····	陈民强(196)
贸易障碍与产业竞争·····	王 仲(226)
知识产权跨国诉讼之管理及策略·····	冯博生(270)
知识产权授权与不公平竞争·····	黄章典(296)
市场经济之竞争法规与竞争政策·····	李家庆(320)
基础建设与项目融资法律规划·····	张朝栋(344)
国际商事争端之解决·····	李念祖(399)

财经法律与企业经营——导论

陈长文

作者简介

学历：哈佛大学法学博士(1972年)

现职：台湾理律法律事务所主持律师，台湾地区红十字会总会会长，财团法人台北欧洲学校董事长，财团法人理律文教基金会董事，元智大学、东海大学董事会董事，政治大学、东吴大学“超国界法律问题”教授，“法务部”司法官训练所讲授“国际案件处理”课程，北京大学、清华大学、上海复旦大学“财经法律与企业经营”专题讲座

经历：台湾地区红十字会总会秘书长及副会长
财团法人海峡交流基金会副董事长兼首任秘书长
台湾交通大学管理学院 MBA“财经法律与企业经营”专题讲座
台湾“法务部司法官训练所”讲座——“超国界法律问题”

著作：《财经法律与企业经营》、《国际公法》、《国际私法》、《涉外采购法》、《智能财产权法》、《航空法》等相关法律书籍文章

目 次

- I. 楔子
- II. 法律的表征、规范体系与主要类别
 - 一、法律是具有强制力的规范
 - 二、法律规范体系的层升概念
 - 三、法律的类别
- III. 展望中国社会的法治前景
- IV. 法律与企业伦理
 - 一、伦理与法律孰先?
 - 二、伦理与企业责任
 - 三、伦理规范实定法化
- V. 法律体系与企业
 - 一、国会
 - 二、行政机构
 - 三、法院及其他争端解决机制
- VI. 法律在现代经济社会的功能——兼述重要财经法律原则及其发展
 - 一、法律与经济发展——概
- 论
 - 二、重要财经法律原则
 - 三、财经法律的发展
- VII. 台湾地区财经法治的发展经验
 - 一、从法律体系方面观察
 - 二、从财经政策方面观察
- VIII. 超国界法律思维
 - 一、超国界法律问题的意义
 - 二、超国界法律问题的内涵
- IX. 企业经营者应具备的基本法律认识
 - 一、关于创建企业
 - 二、关于经营管理企业
 - 三、关于企业风险
 - 四、关于发展企业
- X. 法律咨询是企业决策不可或缺的一环
- XI. 认真看待法律对企业经营的影响——代总结
- 参考书目
- 注释

I. 楔 子

台湾地区近五十年来的经济发展,从农业、轻工业、进口导向工业、重工业、出口导向工业、高科技产业到知识经济产业,每一阶段的蜕变都标志着经济成长背后的辛勤轨迹;而中国大陆地区经济改革开放方兴未艾,市场动能强大,社会殷殷期望的经济成长果实,指日可待。

中国大陆地区自 1949 年至 1976 年近三十年的“法治”状况并非理想。虽然苏维埃式的法制早已被扬弃,但是党的指令仍是高于政府的法令;法院、检察、法律专业人才等法治的机制,直到改革开放近二十多年的今天才渐渐成型。打击犯罪、保护基本人权、推动经济发展,以及吸引外资等等均是吾人乐观中国大陆地区迈向法治的指针。^[1]而中国全国人大常委会自千禧年始,已在制定 2010 年的立法纲要,一些经济发展所需的重要法律,如物权法、反垄断法、反倾销法等正在加紧研究起草^[2],尤其是中国民法典草案正由全国人大审议中,预料通过后将对未来中国经济发展乃至人民生活起到重要影响^[3]。这种快速立法的现象说明中国大陆面对从农业社会到乡镇企业到现代工商企业、知识经济社会^[4]的冲击(特别是在高科技、生物科技上尤其如此),正逐渐由公有制、计划式经济形态,迈向市场经济的新时代。江泽民主席甚至在 2001 年 7 月 1 日庆祝中国共产党建党八十周年的讲话中提出,将允许资本家入党^[5],引起各界广泛的注意与讨论,西方媒体更有称之为“重写马克思”者^[6]。2002 年 11 月中共十六大通过修改后的新党章,其中关于党员入党资格的第一章第一条改为:“年满十八岁的中国工人、农民、军人、知识分子和其他社会阶层的先进分子,……,可以申请加入中国共产党。”这就一改过去革命政党的属性,为开放包括企业家在内的人士入党预作准备,更受瞩目。足见,中国大陆在经济发展的过程中,随着市场经济的活跃成长,党的最高领导阶层已意识到私营企业主不可忽视的影响力。较少接触

法律或较不习惯于法律环境的企业经营者,在这股时代的洪流中,若能具备财经法律的宏观视野,在企业经营中融入法律因素,将法律咨询视为形成企业策略的重要依据,对提升企业竞争力,确保企业永续经营,将有积极的助益。

为使读者在进入财经法律与企业经营的细部内容前,能对法律的性质、中国人的法治观与前景,以及法律在现代经济社会的功能有所了解与掌握,本导论将先从法律的重要表征着手,并兼及法律的主要分类,确立对法律规范性质的认知;而中国自古以来重人情轻法治,不若西方所承袭的法治传统,形成独特的中国人法治观。新时代的经济建设扑面而来,展望未来,如何磨合、改良中国与西方在法治观念上的落差,饶富意义。又,本于市场与法律分工的角度,本导论也将探讨现代经济社会中法律的角色与辅助财经交易、健全财经秩序的功能,并兼述台湾财经法治发展的经验,俾能从中体会法律与财经发展两者之关系。

企业经营最需要遵守的伦理固然是替股东赚钱,或在合法的前提下赚钱,但是愈来愈多的人感觉到企业追求利润之余亦肩负社会之期待。事实上,企业之社会责任系当前世界发达国家企业的重要课题。探讨企业伦理是为了确保企业的永续生存与发展,不论从组织、管理或企业外部的观点,企业已经是社会的有机体,既参与社会的活动,亦有责任解决企业活动所衍生之问题,而企业伦理的逐渐法典化及国际化,正是此项议题不分国界的重要特色,其发展方向与进度殊值企业经营者注意。本导论也将探讨企业伦理与法律之关系。

另外,基于权力分工的架构,法律依其不同的层次、位阶,对企业与社会生活产生不同程度的影响,同时也分别在司法、立法与行政三种权力间发生积极的作用。因此对于法律体系内各机构的运作加以掌握,是企业经营所不可忽略的。亦即,政府的作为,表现于法律体系内的各种司法判决、立法、与行政规章之颁布与解释以及行政措施等,这些法律体系累积的决定、见解、指示、命令、处分,共同构成企业经营的内外在客观环境,与企业之发展密切相关。而随着经济的逐渐开展、两岸先后加入有“经济联合国”之称⁽⁷⁾的世界贸易组织(World Trade Organization, WTO),台湾地区不可避免地会面临种种挑战,