



上海社科院法学所并购法研究咨询中心
系列专著

中国并购 法律环境与实务操作

史建三 石育斌 易芳 著

Legal Environment and Practical Operation of China M&A

China Merger



上海社科院法学所并购法研究咨询中心
系列专著



独角兽工作室

平 面 设 计

ISBN 7-5036-6123-2



9 787503 661235 >

ISBN 7-5036-6123-2/D · 5840

定价：29.00元

中国并购

法律环境与实务操作

史建三 石育斌 易芳 著

Legal Environment and Practical Operation of China M&A



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国并购法律环境与实务操作/史建三,石育斌,易

芳著. —北京:法律出版社,2006.2

ISBN 7-5036-6123-2

I. 中… II. ①史…②石…③易… III. 企业合

并—公司法—研究—中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 004977 号

④ 法律出版社·中国

中国并购法律环境与
实务操作

史建三 石育斌 易芳著

责任编辑 陈怡

刘秀丽

装帧设计 张晨

开本 A5

版本 2006 年 2 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 民族印刷厂

印张 13.25 字数 361 千

印次 2006 年 2 月第 1 次印刷

编辑 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

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/0512-65193114

书号:ISBN 7-5036-6123-2/D·5840

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

现代社会中的并购是形成于市场经济的企业融合和资本交流形式。

并购最初诞生于西方资本主义国家,在资本主义进入垄断阶段之后,兼并与收购就成为西方资本主义国家政府和企业永远无法取舍、永远争论不止、至今仍方兴未艾的话题。然而,由于中国经济没有经历资本主义的发展阶段,中国大多数企业也并非来自于市场的直接产物,相反是脱胎于计划经济且带有政府附庸性的纯度欠缺的市场主体,因此我国缺乏并购的历史传统和经济积淀。

但是,随着我国自由经济理念的不断成熟,与世界经济一体化脚步的不断加快,经济体制改革日益向纵深发展,以及国有企业改制的不断向解决根源问题迈进,并购已经逐渐成为我国经济领域的突出特征,成为我国成功推进企业转制和建立健全资本市场的巨大引擎。

然而,并购是一把双刃剑。它在优化资源配置、产生规模效应、实现企业跨越式发展以及国家宏观经济结构调整等方面发挥重要作用的同时,也滋生着行业垄断、非理性投资、规避公司法律制度以及外国企业控制东道国经济命脉等一系列突出问题。因此,我们必须将并购这一复杂的经济活动和企业行为纳入法制化轨道,以具体的法律规范而非行政命令或个人意志来指引和约束并购活动的开展。

因此,并购必须与法制相伴,与法制同行。否则,并购非但不能成为推动我国经济发展的法宝和利器,反而将变成阻碍、甚至破坏我国

经济良性运行的洪水猛兽。

本书以推进我国并购活动的法制进程为终极目的,全面论述了我国并购的法律环境和实践操作问题。全书分为上下两篇,共十章,分别从并购立法综述、律师为企业并购提供法律服务概述、证券交易市场并购的法律法规与法律服务、产权交易市场并购的法律法规与法律服务、外资并购市场的法律法规与法律服务以及并购纠纷的司法处理六个方面对我国的并购法律现象进行了全景式阐述。此外,为了方便读者阅读和使用本书,作者将目前并购实践操作中最为重要的十个法律法规等规范性文件附在了正文之后。

本书的最大特点是理论与实践并重。我们深知,缺乏理论根基的实践操作难免带有盲目性,难免造成高成本而低收益、甚至无收益的结局;而缺乏实践操作的理论研究则难免具有空想性,难免成为虽有创新度但却毫无实践意义的只能束之高阁的思维产品。为此,本书以严谨的治学态度对并购的诸多理论问题进行了深入探讨和分析,同时对于我国并购实务操作的具体流程、法律文本以及注意事项等进行了详细讲解和阐释。这使得本书同时具有了知识性、可读性和实用性。

此外,本书注重以历史唯物主义方法研究我国的并购现象。我们深知,我国改革开放之后所出现的企业并购活动是随着我国市场经济体制的逐步确立以及我国企业市场主体地位的日益落实而渐次发展起来的。为此,本书详细论述了我国并购活动在各个历史发展阶段的心路历程,并且强调以我国不同历史时期经济政策的转变轨迹作为研究的基本参照系。这使得读者不仅清楚了我国当前并购活动的现状,并且知晓了出现这种并购现象的历史根源。

本书的作者均为上海市规模最大的合伙制律师事务所——锦天城律师事务所的律师。本书的主要作者——史建三博士和石育斌博士,同时是上海社科院法学所并购法研究咨询中心的科研人员。本书由史建三博士和石育斌博士负责全书的架构设计和章节安排,并且具体撰写本书的第一、三、四、五、七、八、九章,以及负责全书的最终统稿和定稿。易芳律师撰写了本书初稿的第二章和第六章。

锦天城律师事务所律师、上海外贸学院法学院教师毛燕琼女士,对全书进行了认真地校对,并且对本书的结构安排和遣词造句等方面提出了许多宝贵的意见和建议。上海社科院法学所顾肖荣所长、陆庆胜副书记、林荫茂副所长,对本书的写作和出版给予了热情支持和大力帮助。在此,作者向他们表示衷心的感谢。

本书恐难免有疏漏、不当或谬误之处,恳请海内贤达、学界友人以及读者给予批评、指正和教诲。

史建三 石育斌

2005年12月于沪

目 录

上篇 法律环境篇

第一章 并购立法综述 /3

第一节 并购的法律内涵 /3

第二节 并购立法的政策走向 /9

第三节 中国并购法律法规和政策概况 /16

第四节 并购法律体系评述 /39

第二章 证券交易市场中并购法律法规评述 /49

第一节 证券交易市场并购概述 /49

第二节 证券交易市场并购的重要法律法规解读 /56

第三节 上市公司并购的若干重要问题 /87

第三章 产权交易市场并购的法律法规评述 /101

第一节 产权交易市场概述 /101

第二节 产权交易市场并购的重要法律法规解读 /113

第三节 有关产权交易市场地方规定解读 /130

第四章 外资并购市场的法律法规 /134

第一节 外资在华并购活动概述 /134

第二节 外资在华并购的重要法律法规解读 /144

第三节 外资并购的法律体系 /163

下篇 实务操作篇

第五章 律师为企业并购提供法律服务概述 /177

第一节 律师在企业并购活动中的角色与地位 /178

第二节 企业并购活动对律师服务的需求 /181

第三节 企业并购活动中律师服务的主要内容 /185

第六章 证券交易市场并购活动的法律服务 /201

第一节 我国证券交易市场并购的主要模式 /201

第二节 证券交易市场并购法律服务综述 /209

第三节 证券交易市场并购活动涉及的主要法律文件 /216

第七章 产权交易市场并购活动的法律服务 /233

第一节 产权交易概述 /234

第二节 律师提供产权交易法律服务的基本内容 /241

第三节 产权交易市场并购涉及的主要法律文件 /257

第八章 外资并购市场中的法律服务 /283

第一节 外资并购法律服务概述 /284

第二节 外资并购律师法律服务流程 /289

第三节 外资并购主要方式解析 /294

第四节 外资并购实务操作中的几项重要问题 /300

第九章 并购纠纷的司法处理 /309

第一节 并购纠纷的类型 /309

第二节 审理并购纠纷案件的法律依据 /312

第三节 审理股权转让纠纷案件的若干问题 /327

附录:重点法律法规、行政规章以及其他
规范性文件 /340

一、上市公司收购管理办法 /340

二、上市公司股权分置改革管理办法 /353

三、关于上市公司股权分置改革中国有股股权管理有关
问题的通知 /362

四、企业国有产权转让管理暂行办法 /365

五、企业国有产权向管理层转让暂行规定 /373

六、外商投资产业指导目录 /376

七、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 /395

八、利用外资改组国有企业暂行规定 /397

九、外国投资者并购境内企业暂行规定 /403

十、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 /411

上篇

法律环境篇

第一章 并购立法综述

资本流动遵循着利益最大化的永恒真理。在每一个城镇、每一个国家、甚至整个世界,我们都可以捕捉到资本追逐利润的身影。随着自由经济理念的不断成熟,经济全球化脚步的不断加快,并购已经成为当今世界经济发展的突出特征和巨大引擎。处于经济体制改革攻坚阶段的我国,正在轰轰烈烈地开展企业治理结构的优化和大调整,并购已经成为我国成功推进企业转制战略的主要法宝和利器。

并购是一把双刃剑,它在优化资源配置、产生规模效应、实现企业跨越式发展以及国家宏观经济结构调整等方面发挥重要作用的同时,也滋生着行业垄断、非理性投资、规避公司法律制度以及外国企业控制东道国经济命脉等一系列突出问题。因此,我们必须将并购这一复杂的经济活动和企业行为纳入法制化轨道,以具体的法律规范而非行政命令或个人意志来指引和约束并购活动的开展。

第一节 并购的法律内涵

对并购现象进行分析和探讨,首先需要解决的问题就是对并购范畴进行明确的界定,因为准确而全面地掌握并购的法律内涵是从事并购理论研究和实践操作的前提和基础。然而,虽然目前世界范围内涌动着并购的浪潮,各国理论界鼓噪着不同的并购原理,全球并购实践操作的案例与日俱增,但是迄今为止对于并购的法律概念仍没有形成

一个统一的认识。

一、国外观点

由于并购是一个舶来品,因此要深入理解和把握并购的概念,我们就必须追根溯源,从西文资料中进行研究和思考。在西方法律文献中,当并购作为一个法律用语时,与其相同、相近或相关的词汇包含若干个,其中重要的词汇主要有:merger、acquisition、consolidation、take over、purchase、tender offer。这些词汇虽然都含有收购或兼并之意,但是彼此之间仍存在一定的区别。

(一)merger 即兼并,是指两家或更多的独立企业合并组成一家企业,^①通常由一家占优势的企业吸收另一家或更多的企业。兼并的方法主要包括:其一,用现金或证券购买其他公司的资产;其二,购买其他公司的股份或股票;其三,对其他公司股东发行新股票,换取该股东所有的该公司的股票,从而取得该特定公司的资产和负债。可见,在公司法上,merger 即吸收合并,是指一公司被另一公司所吸收,后者保留其名称及独立性并获得前者的财产、享受前者的权利并承担其义务,而前者则丧失其独立的法人人格。

(二)acquisition 即收购,是指通过任何方式获取特定财产实质上所有权的行为。^②一般而言,acquisition 包含广义与狭义两种涵义。在广义上,acquisition 包括 merger、consolidation、acquisition of stock、acquisition of asset 四种形式。其中,acquisition of stock 是指一企业以股份要约(tender offer)的形式取得对另一家企业的控制权或代表权的行为;而 acquisition of asset 是指一企业通过购买另一公司的财产或实物,从而使该公司失去实际控制权,只剩下公司外在形式的一种行

^① See Patrick A. Gaughan, *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*, 3rd edition, John Wiley & Sons, Inc., p. 4.

^② See Henry Campbell black's law dictionary, 5th edition, West publishing co., 1979. p. 280.

为。可见,无论 acquisition of stock 抑或 acquisition of asset 虽然取得了目标公司的实际控制权,但是该目标公司在名义上并未发生改变,也就是说该目标公司仍具有法律上独立的人格,有自己独立的法律地位。在狭义上,acquisition 即 acquisition of stock,仅指公司控股权的转移行为。

(三) Consolidation 仅指新设合并,即两个或两个以上的企业合并成一家新企业,新成立的企业概括式的承担原来所有公司的债权债务关系、财产、责任、特权等权利与义务。^①

(四) take over 即接管,是指获取某公司的控制权或经营权的行
为。^② take over 是一个范畴广泛的概念,它并不限于绝对财产权的转移。一般而言,take over 的实现形式主要包括三种:其一是广义上的 acquisition 的四种表现形式,即 merger、consolidation、acquisition of stock、acquisition of asset;其二是 proxy contest,即投票权(代理权)的争夺,是指上市公司股东通过征集或收购其他股东的投票权等方式来改变公司董事会的组成人选,进而达到控制上市公司的行为;其三是 going private,即上市公司转化为非上市公司的操作。

(五) purchase 是指以合理的对价(consideration)为基础,以自愿的协议形式为原则,使财产从一人之手移至另一人控制的过程。Purchase 是一个普通词汇,一般泛指各种自愿的购进财产的交易形成,例如购买或抵押等。^③

(六) tender offer 是指通过新闻广告或信函形式向其他公司的股东发出的购买其所持股份的要约方式,最终获得其他公司控制权或经营权的行
为。^④

① See Random House Webster's Unabridged Dictionary, second edition, Random House New York, 1997, p. 434.

② See The New Merriam-Webster Dictionary for Large Print Users G. K. Hall & Co. Boston, Massachusetts, 1989, p. 899.

③ See The New Oxford Dictionary of English, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 1505.

④ See The New Oxford Dictionary of English, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 1909.

二、我国学者的主张

在我国理论界,众多学者抱着无比的热情和严谨的治学态度对并购这一社会现象进行了大量富有成效的研究。在并购概念这一问题上,我国学者亦是百家争鸣、百花齐放,目前各种主张不一而足。

有的学者从并购的途径入手,对并购的概念加以细分,进而指出:所谓兼并与收购,简称“并购”,也称“购并”,应当是指兼并、合并、收购和接管这四个词的总称,是投资银行核心业务之一。^①

有的学者从企业控制权转移的视角对并购进行界定:企业并购首先是一种商品交换行为,它的实质是在公司控制权市场上对企业控制权进行的一种交换活动,交换的主要内容是由各种主要要素构成的整体商品——企业。其目的是为了获得一个企业的控制权。企业的控制权包括了企业的经营权、使用权以及部分或相对所有权。^②

还有的学者从企业产权转移的角度指出了并购的含义:从产权转让的角度看,公司并购的实质是公司产权的部分或全部的让渡。具体来说,公司并购是在市场经济中,公司法人通过市场购买或其他有偿转让的形式,吞并或吸收其他法人的资产,从而实现产权转移的经济行为。^③

① 郭杰、肖善:《企业跨国并购问题分析》,中国三峡出版社2004年版,第16页。

② 刘加隆:《企业兼并购动因分析》,《人民日报》(北京),1990年6月14日,第5版。

③ 李光荣:《公司并购理论与实践》,中国金融出版社2002年版,第1页。

三、我国现有法律法规^①的界定

当并购现象在我国经济生活中出现之后,我国的相关立法也积极地作出反映,对并购行为进行法律界定。在我国相关法律法规中,涉及并购法律概念的主要包括以下几项:

(一)1989年国家体改委、国家计委、财政部、国家国有资产管理局发布的《关于企业兼并的暂行办法》中指出,本办法所称企业兼并,是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,不通过购买方式实行的企业之间的合并,不属于本办法规范。

(二)1996年财政部颁布的《企业兼并有关财务问题的规定》对上述概念进行了修正,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,使其丧失法人资格或虽然保留法人资格但改变投资主体的一种行为。”

(三)《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)对公司的合并进行了明确的规定:公司合并可以采取吸收合并和新设合并两种形式,一个公司吸收其他公司为吸收合并,被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并,合并各方解散,公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

(四)《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)对于上市公司收购进行了全面规定,该法指出上市公司收购可以采用要约收购、协议收购及其他合法的方式。

此外,我国还有若干法律、法规、规章以及通知等规范性文件涉及

^① 本书中出现的“法律法规”是指广义上的法律规范,包括狭义的法律、行政法规、行政规章、地方性法规和地方性规章、政策性文件,以及其他对于并购活动起到实际规范和指引作用的各种规范性文件。