

经贸法律评论(一)

INTERNATIONAL BUSINESS LAW REVIEW(I)

沈四宝 主编

许世夺 杨威昀 副主编

Law

对外经济贸易大学出版社

经贸法律评论 (一)

International Business Law Review (I)

主 编 沈四宝

副主编 许世夺 杨威昀

编委会名单

许宁宁 (主任)	关恒业	蒋 平	康 晶	李 琳
刘 甜	鲁昕政	孙红丽	孙 婧	唐琼琼
				王 惠

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目 (CIP) 数据

经贸法律评论 (一) / 沈四宝主编. — 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2005

ISBN 7-81078-564-8

I. 经... II. 沈... III. ①经济法-研究-中国 ②贸易法-研究-中国 IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 118680 号

© 2005 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

经贸法律评论 (一)

沈四宝 主编

责任编辑 汪友年

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码: 100029

网址: <http://www.uibep.com>

山东省沂南县汇丰印刷有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 148mm×210mm 13.25 印张 407 千字

2005 年 10 月北京第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-564-8

印数: 0 001—5 000 册 定价: 23.00 元

序

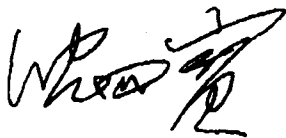
中国已经迈进经济发展的新时代，市场经济法律体制的完善是中国现阶段发展的关键，对此进行研究是法律人肩上的重任。

对外经济贸易大学法学院在做好法律基础教学的同时，始终注意形成自己独特的教学体系和教学风格。我们强调为两个市场，即国际市场和国内市场培养三会人才，即懂法律、懂经贸和会外语的实践人才；在教学方法上，我们坚持案例教学和双语教学；我们注意在教学、科研和实践之间形成良性循环。

对我院学生尤其是研究生来说，为适应新世纪的挑战和法治国家建设的需要，应该加强其理论素养、扎实其法律功底、提高其科研能力。我很欣喜地看到，我们的学生日益重视理论研究，积极开展学术活动。《经贸法律评论》的推出就是其佐证之一。

本书一方面反映了我院研究生最新的科研活动和学术成果，另一方面也刊载了具有较高理论性和较强实践性的国际商事法律及涉外经贸法律的研究成果。其作用并不局限于外经贸的校园内，同时也为所有国际商法的研究人员提供了一个交流学习的平台。我衷心希望本书能为我院的学术发展注入新的活力，为我国国际商法和经贸法律研究的繁荣发展作出贡献。

对外经济贸易大学法学院院长



前 言

《经贸法律评论》是一本对有关经济、贸易方面法律进行研究的出版物。其研究涵盖商法、经济法、贸易法、基本法学理论等领域。其中具体包含“公司法前沿”、“合同法、买卖法述评”、“破产法评论”、“贸易法解析”、“金融法拾遗”、“基本理论新探”、“与时俱进”等栏目。

本书致力于反映中国市场经济发展过程中出现的法律问题，遵循理论结合实际的原则，在理论探究之余也不乏与实践的紧密结合。书中对公司法的探究与公司并购、公司治理、外商投资法相呼应，在合同法、买卖法的研究中介绍了先进的外国法律制度，对破产法的研究与中国新破产法的颁布相紧扣，贸易法方面涉及了世界贸易组织的规则和中国新《对外贸易法》的发展，金融法则触及中国金融改革领域比较前沿的法律问题，理论研究方面触及敏感的法律主体——国家的法律地位问题。除此之外，在“与时俱进”栏目中容括了从法律角度对现实问题的综合评析。

本书自成体系，不拘泥于某一法学或法律领域的单一问题，涉及有关市场经济法律体制的不同方面，并力求探究法律问题的理论根基。

同时，本书的稿件收集面广，其稿件来自于北京、上海以及其他省份、地区的专家、学者，从法学院教授到法学院的学生，从实务界领域久经磨炼的律师到相关经济领域的专业人士。

《经贸法律评论》由在学术界、实务界皆硕果累累的法学专家担任主编，编辑委员会由法学院成绩优异、对学术充满热情的研究生组成。其中既融入了法学专家的悉心指导，又散发着新时代法学研究后备力量的学术热忱，我们忠诚希望国内外各界学者踊跃参与、支持《经贸法律评论》，共同为中国社会主义市场经济发展献计献策。

《经贸法律评论》编辑委员会

目 录

公司法前沿

1. 公司并购法律概念体系初探 【许世夺】 (3)
2. 论《OECD 国有企业公司治理指引》对我国国企改革
改革的几点启示 【鲁昕政 杨葳昀 孙婧】 (25)
3. 解读美国商事组织法的信义基础：
原理、历史和现实 【蒋平】 (43)
4. 从《公司法》修改谈我国上市公司监事会制度
的缺陷及完善 【许宁宁 康晶 李琳】 (66)
5. 中外合营企业合营主体法律问题研究 【刘兴康】 (81)

合同法、买卖法述评

1. 论《美国统一商法典》中“撤销接受”
的法律制度 【龙海涛】 (97)
2. 入库或优先受偿——从一个案例来看我国
《合同法》中代位权制度的实行效果 【安阳】 (112)
3. 浅析损害赔偿计算的特殊情况——实际交
付货物价值比合同约定货物价值高 【王惠】 (121)
4. 提前还贷是否要收取违约金 【唐立凯】 (129)

破产法评论

1. 破产宣告域外效力的立法趋势比较分析 【高旭】 (143)
2. 从债权人结构看破产法在中国的实施
及其意义 【虎军军】 (156)
3. 破产程序中未到期租赁合同的处理方法 【邢玉晟】 (166)
4. 中韩破产法律制度比较研究 【车敬子】 (177)

贸易法解析

1. 在 WTO 框架下竞争议题若干法律问题
分析 【沈玉洁】 (195)
2. 浅析新《对外贸易法》应对国际贸易壁垒
的作用 【王秉乾】 (208)
3. GATS 下中国邮政速递开放分析 【戴坚】 (222)

金融法新探

1. 我国资产证券化立法最新发展及产生的若干法律
问题思考 【刘毅】 (237)
2. 论国际保理中债权让与的有效性 【关恒业】 (247)
3. 论场外交易金融衍生产品的法律风险 【汪泽】 (261)

基本理论研究

1. 请求权的概念和性质辨析 【代彬】 (271)
2. 论过失相抵 【严久利 翟青】 (288)
3. 侵权法的新视角：从加拿大的民法和普通法中汲取精
华 ... 【[美]斯蒂芬 D. 舒格曼 高建学 周兆玉译】 (300)
4. 国家所有权主体的基本理论 【范世乾】 (316)
5. 论可持续发展与法学范式的变迁 【韦伟】 (328)
6. 试论反垄断法的博弈分析 【王晓川 武长海】 (341)
7. 从民事法律行为的角度浅谈意思自治与
交易安全的关系 【李晓菁】 (351)

与时俱进

1. 关于国资委的法律分析——兼论国有资产
的管理模式 【王易倩】 (361)
2. 跨国公司所得税筹划若干问题研究 ... 【王贺 关添天】 (377)
3. 公益募捐的法律问题 【许光】 (387)
4. 保护信息网络传播权研究 【彭云志】 (396)

通讯**中国国际经济法学研究会成立****大会实录·····【李小菁 许世夺】 (409)**

公司法前沿

Corporate Law Exploration

公司并购法律概念体系初探

许世夺

摘 要

公司并购是公司法的高端适用,同时也是公司法、证券法及反垄断法等多种法律学科的交叉运用。随着在管理学、经济学、金融学等领域对公司并购行为研究的不断发展,法学对此的研究也应与时俱进。在我国现行法律体系中,“并购”并不具有非常明确的法律内涵和外延,实践中按照交易背景也有不同理解。^①这不仅阻碍了公司并购的发展,也不利于学术研究的深入。本文意图从法学基本理论——特别是公司法原理的角度,对公司并购法律行为及其相关概念进行定义和阐释,构建概念之间的有机联系,从而尝试建立公司并购法律概念体系。

关键词

公司并购 公司法原理 法律概念体系

引 言

世界上很多发达国家的经济发展都经历过并购浪潮,如美国在

^① 叶军:《外资并购中国企业的法律分析》(An Anatomy of Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors—From Legal Perspective),法律出版社,2004年3月第1版,第3页。

近百年来经历的五次并购高潮。^①最近,中国企业的海外并购更是被炒得火热,如盛大收购新浪、联想收购IBM的PC业务等等。但是在这并购的大潮中,中国企业既会大展宏图,也会遇到各种海外收购中的挫折,如海尔欲收购美国美泰、中海油欲收购Unical都因种种原因而搁浅。^②

公司并购不断发展、变化,其所涉法律关系非常复杂,是公司法、证券法及反垄断法等多种法律学科的交叉点。国内许多学者、机构都对公司并购进行了较有深度的研究,如东方高圣投资顾问公司主办的《中国并购评论》、全球并购研究中心主办的《中国并购报告》(China Mergers and Acquisitions Yearbook)、汤欣教授发表的《公司收购的价值争论与立法取向》、《目标公司管理层的行为限制》和《上市公司协议收购研究(一)》等等都对公司并购行为进行了较深入的阐释。

但是,国内的学术和实务界对公司并购法律概念、术语还没有形成统一的法律概念体系。法律概念是有法律意义的概念,即对各种有关法律的事物、状态、行为进行概括而形成的术语。只有借助法律概念,立法者才能制定立法文件,只有借助法律概念,司法者才能对事物进行法律分析,作出司法判断,只有借助法律概念,民众才能认识法律,法律研究者才能研究、改进法律。^③因此,本文将试图就公司并购中的基本问题和概念进行阐释,找出其中的内在联系,用公司法原理将其组成体系,以利于实务界和理论界对并购行为进行进一步探讨、挖掘。篇幅有限、造诣尤浅,只求为并购事业添砖加瓦。

一、公司并购行为的概念

需要强调的是,本文讨论的是公司^④的并购行为。公司以法人身份经营

① 汤欣:“公司收购的价值争论与立法取向”,《明理法学论坛》。

② 王以超:“中海油进退之间”,《财经》2005年第15期,第98页。

③ 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社,1999年,第76页。

④ 公司是指依公司法的规定成立的,以营利为目的的企业法人。参见沈四宝主编:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社,2002年第二版,第65页。

业务，拥有独立的资产、独立地享有民事权利和承担民事责任，具有永续性。^① 公司不同于自然人，通过并购即可达到“你中有我、我中有你”的状态，也可以被分裂、消灭，这是其与自然人主体的主要区别之一。

并购是一种市场法律行为，是市场经济主体之间的产权交易。公司并购（Merger & Acquisition）需要声明的是，从语言表面上看，中文“公司并购”与英文“Mergers and Acquisitions”——“M&A”存在含义上的差异。差异在于，中文的合并包括吸收合并与新设合并，其中吸收合并，也就是兼并，与英文中的“Merger”相对应，因此，中文合并的概念多出了新设合并（consolidation）的部分。而英文中用“M&A”也并非没有道理，因为新设合并（consolidation）也可以被看作是一种兼并，即将其看成新设公司兼并了作为“组成部分”的消灭公司。但是，这样的理解只是在逻辑上将其变通，在一定程度上却模糊了两个概念之间的边界。然而随着语言在实践中的应用，其表面意义已经不占主导地位，笔者认为，英文中的“M&A”已经被看作是对合并与收购的总称，而绝不局限于兼并和收购。也就是指两个或两个以上公司之间、公司和股东之间以资产或股份为交易对象，以达到公司之间的联合的市场法律行为。根据并购行为的法律效果的不同，公司并购分为公司合并（corporate amalgamation）和收购（acquisition）。^② 合并和收购当中还存在更细的分类，二者在法律上既有共性，又有差别。

除此之外，依据公司并购中的业务类别和并购企业、行业的相互关系可分为横向并购^③（horizontal）、纵向并购^④（vertical）和混

① 沈四宝主编：《国际商法》，对外经济贸易大学出版社，2002年第二版，第66页。

② 王巍主编：《中国并购报告》（China Mergers and Acquisitions Yearbook, 2002），全球并购研究中心，Global M&A Research Center，中国物资出版社，第357页。

③ 也叫水平并购，通常发生在同行业的企业间和具有相同产品的企业间。这种并购不是为了寻求解决亏损、债务、控制等复杂的法律问题，而是为了扩大生产规模，扩大产品在同行业中的市场份额和竞争力，以达到影响同类产品的市场，最终目的是实现增强竞争实力的愿望。

④ 也叫垂直并购，通常发生在某一行业或产品的上、下游企业之间。这种并购不是为了扩大规模，而是为了解决与本企业产品密切相关的而非本企业所有的上游工序，或下游工序。其目的是为了从事生产一体化的愿望。

合并购^① (conglomerate)。在实践中还有各种各样不断涌现的新的公司并购形式,如先承包经营后并购、先租赁经营后并购、无偿划拨式并购、先破产后兼并等等。但本文仅依据基本法律原理,探究公司并购行为在法律上的主要形式。

(一) 合并、收购的概念

从法律效果上讲,公司合并指两个或者两个以上公司主体经过整合成为一个公司主体的行为,参与公司主体资格随之消失,存续公司享受和承担消失公司 (disappearing company) 全部权利、义务和责任。在中国,公司的合并又分为新设合并和吸收合并。^②

公司收购,指收购公司仅部分地获得、取得目标公司资产或者股份的所有权,同时给付对价的行为。这种公司部分股权或者资产的转移可能带来公司控制权主体的变化,而不是公司主体资格的消失。^③

(二) 合并、收购的比较

公司的合并和收购在法律上是两回事,虽然二者从商业上看效果可能相同。当我们从法律角度去探究公司并购行为、或对公司并购进行法律上的策略的时候,需对此进行严格的区分,因为这对公

① 又叫扩张性并购,它既不发生在同行业、同产品领域,也不发生在本企业产品的上、下游企业之间,而发生在与本企业产品无直接关系的其他领域。其目的是扩展本身的生产结构、产品结构、行业结构,实现多元化经营,扩大本身所涉足的领域,减少本身长期处于一个行业、一个领域所可能出现的政策风险、行业风险。

② 《中华人民共和国公司法》第 184 条:“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,被吸收的公司解散二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。”

③ 公司收购也可以达到公司合并的法律效果,是一个渐进的过程,因此,笔者认为,通过公司收购也可以使得收购方完全拥有被收购公司财产或者股份的所有权,显然,这并非一次性的收购就可以达到的 (在美国,当收购满足了法定合并的情况下,收购方则可和目标公司达成协议,进行合并,而非收购),但公司收购与公司合并在法律效果上的最大区别在于公司收购并不必然引起任何公司主体资格的消失。

司、公司股东、公司债权人、公司债务人的权利、义务都具有重大影响。

1. 二者的法律后果不同

公司合并必然存在法人主体的消失，而不管是新设合并还是吸收合并，新设合并中合并各方均被解散，吸收合并中被吸收的公司解散。而公司收购中不存在公司法人主体资格的消失，因为收购方只是取得目标公司（被收购公司）的部分比例的资产或者股权。

从产权的角度讲，合并时企业产权彻底转让，合并后之公司无论是实质上还是形式上都完全拥有了目标公司的所有权和法人资产权；而收购行为中，目标公司仍保留着形式上的法人资产权，有时企业只能通过全部或部分终极所有权的购买而获得对其全部或部分法人资产权实质控制。^①

对债务的承担责任也不同。在上市公司收购中，收购方作为目标公司的股东，对目标公司的原有债权债务仅以其控股比例承担。而在公司合并中，合并各方的债权债务应由合并后存续的公司或新设公司承担。

2. 二者的实现方式不同

公司合并一般需通过协议实现，其为公司的重大变更事项，因而一般需要经过公司股东大会的决议通过。而公司收购是对目标公司部分资产或者股权的收购，虽然各个国家对公司收购以及合并的界限均有规定，但公司收购一般无需公司股东大会的决议通过。

3. 二者受不同的法律调整

公司合并受公司法、反垄断法等法律的规制。而公司收购除受公司法、反垄断法等法律的规制外，特别是在收购方收购目标公司的股份达到一定比例的时候，许多国家的法律规定收购方需要向目标公司的全体股东发出邀股要约。

^① 吴志军：《企业并购中的管理整合研究》，中国财政经济出版社，2004年第一版，第8页。

二、公司合并

公司的合并分为新设合并和吸收合并。^① 公司的新设合并与吸收合并的最大区别在于,新设合并中的两个合并公司在合并后主体资格消失,为消失公司,而吸收合并中兼并方得以存续,成为存续公司,而被兼并方主体资格消失。^②

(一) 新设合并

公司的新设合并 (consolidation of corporations) 指两个或两个以上的公司合并成为一个新公司,新公司取得和承担原公司全部权利、义务和责任,原公司随之终止^③ (如图 1)。

新设合并行为的法律效果包括,每个消失公司的股票 (份) 都转化成新设公司的股票 (份)、债务或其他证券,或全部或部分地转换成现金或其他资产。

新设合并的条件是参与合并公司的董事会必须制定合并计划 (该计划须经股东批准),并由新设公司报政府工商管理部门存档。除此之外,合并章程将成为新设公司的设立章程。^④

① "Business corporation acts specifically authorize several type or kinds of corporate amalgamations: (1) The merger of one domestic corporation into another domestic corporation; (2) The consolidation of two domestic corporations into a new domestic corporation..." Cf. R. W. Hamilton, West Nutshell Series: *The Law of Corporations* [4th Edition], West Group, 中国人民大学出版社 (引进), 2001 年 1 月第一版, 第 538 页。

② "The traditional distinction between a merger and consolidation is that in the case of a merger one or more constituent corporations merge into another constituent corporation and cease to exist but such other corporation continues as the surviving corporation, whereas in the case of a consolidation two or more constituent corporations consolidate to form a new consolidated corporation and cease to exist. A corporation which ceases to exist is known as a disappearing corporation." Cf. Harry G. Henn, John R. Alexander, "Laws of Corporations", Hornbook Series, Student Edition, West Publishing Corporation. 979.

③ 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社,2003 年版,第 291 页。

④ 沈四宝主编:《国际商法》,对外经济贸易大学出版社,2002 年第二版,第 137 页。

然而,事实上,新设合并也可以算作吸收合并,即把新设公司看成存续公司,两个消失公司并入存续公司,存续公司取得、承担消失公司全部权利、义务和责任。但是,我国公司法中规定公司合并包括两种方式,即新设合并和吸收合并,将其区分开来,应该是将新设合并中的新设公司和吸收合并中的存续公司区分开来,新设公司因合并而设立,而吸收公司中的存续公司则在合并之前已经存在,且非因合并而设立。

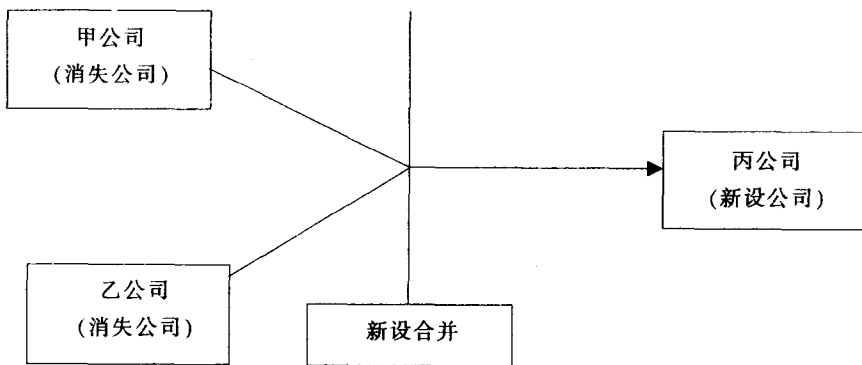


图1 新设合并

(二) 吸收合并

公司的吸收合并,又称公司的兼并^① (merger of corporations),指兼并者,即存续公司继续保留法人主体资格,其取得被兼并者,即消失公司的资产,承担消失公司债务,消失公司被解散,丧失法人主体资格^② (如图2)。

① “Merger, corporate combination of two or more independent business corporations into a single enterprise, usually the absorption of one or more firms by a dominant one...” Cf. The New Encyclopedia Britannica, Encyclopedia Britannica, Inc., Volume 8, 15th Edition, 1993, 34 - 35.

② 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社,2003年版,第911页。