

企业兼并的法律思考

王方明 秦尊文

企业兼并是商品经济高度发展和成熟时期的产物,在西方资本主义社会由来已久,特别是在第二次世界大战后,由于资本主义商品经济发展的内在需要和竞争的外在压力,兼并浪潮迭起,经久不衰,有力地促进了资本主义社会生产力的发展和科学技术的进步。但是,企业兼并这一经济现象却在中国大地上姗姗来迟,“千呼万唤始出来”。这里有着复杂的政治和经济原因,但最根本的一条就是社会主义国家长期以来按产品经济模式组织社会经济生活,不承认竞争,缺乏商品经济意识。近几年来,随着经济体制改革的深入进行,社会主义有计划商品经济的发展,企业兼并虽然是姗姗来迟,但毕竟还是缓慢地出现在中国的大地上并向前发展着。但由于理论的准备不足,更缺乏法律上的依据,企业兼并的发展并不尽如人意,因此有必要从理论上进行探讨,在法律上进行研究,以保证企业兼并在法制的轨道上健康地向前发展。本文拟从法律的角度对企业兼并作些探讨。

一、企业兼并的定义及类型

目前,理论界及企业界对企业兼并的定义尚不一致。有的把产权转让和企业兼并划上等号,而实际上企业兼并是产权转让的一种形式,它们之间是属种关系,企业兼并是属概念,产权转让是种概念,产权转让包容企业兼并;有的把企业之间根据行政命令进行的合并视为企业兼并,实际上合并是一种行政法律行为,而兼并是一种民事法律行为;还有的把企业承包企业也看作是企业兼并,实际上它只是企业承包经营的一种特殊

形式,它并不发生产权的转移、法人资格的消失,而只发生法人代表更换,被承包企业经营权在一定时期内的丧失。我们认为:所谓企业兼并,它是指企业之间以转让其所有权为特征的一种不对等的吸收合并行为,其结果是兼并方的法人资格随兼并行为的完成而自行消失,被兼并方的债权债务由兼并方继承。它本质上是一种经济行为,形式上是一种法律行为。

企业兼并本质上是一种经济行为,是因为其经济实质就是通过一个或一个以上的企业对另外的一个或一个以上企业的“吞并”,使其在搞活经济、促进经济的发展和生产力水平的提高中发挥积极的作用,使投资规模得到控制,投资结构得到调整,产业结构得以优化,企业中存在的不合理资产存量的凝固状态得以减少和消灭,从而使社会生产要素从衰弱产业、企业向新兴产业、企业流动,提高整个社会的经济效益,建立起良性循环的经济运行机制。企业兼并形式上是一种法律行为,是因为它必然依照一定的法律、法规的规定进行,必须按照一定的法律程序进行,并且必然引起一系列的法律后果。

企业兼并可以从不同的角度和层次上进行分类。首先,从形式上看,它有工业企业之间的兼并;商业企业之间的兼并;工商企业之间的兼并;金融企业兼并工业企业或者商业企业;金融企业联合工商企业兼并另外的工商企业。其次,从所有制即实质上看,有国营企业兼并集体企业;集体企业兼并国营企业;国营企业、集体企业联合起来兼并另外的国营企业或者集体企业;私营企业兼

并国营企业或者集体企业；合资企业兼并国营企业或者集体企业或者私营企业。

二、企业兼并法律关系的要素

在论述企业兼并法律关系的要素之前，有必要对法律关系及有关概念作简单的解释。

法律关系是法律在调整人们行为过程中所形成的权利义务关系。它包括主体、客体和内容（权利与义务）三要素。法律关系主体亦称权利主体，是指在法律关系中依法享有权利和承担义务的人或组织。法律关系客体是指法律关系主体的权利和义务所指向的对象（标的），亦称权利客体。法律关系内容包括法律权利和法律义务。法律权利是指法律所确认和保护的法律关系主体所具有的某种权能；法律义务是指法律规定法律关系主体所承担的某种必须履行的责任。企业兼并法律关系则是指法律在调整企业兼并行为过程中所形成的权利义务关系，它同样包括主体、客体和内容（权利与义务）三要素。

1. 企业兼并的主体。企业兼并主体是指在企业兼并中依法享有权利和承担义务的组织。它的确定是一个比较复杂而需要进行研究和探讨的问题。在企业兼并这一法律关系中，究竟谁是主体呢？也就是说，是谁在企业兼并法律关系中依法享有权利和承担义务呢？毫无疑问，应该是企业财产的所有者。但由于我国的特殊情况以及所有制层次的不同，对企业财产所有者的确定是比较模糊的。下面，根据笔者的研究情况略作阐述。

第一，关于全民所有制企业的财产所有者的问题。首先，属于各级地方政府管理的那部分全民所有制企业，即地方国营企业，不管我们是否愿意承认，实质上它的所有权是属于地方政府的，那么，这些企业在兼并法律关系中的主体就应该是各级政府所属的国有资产管理部门。其次，属于中央政府各

部属企业，这部分企业可以说是真正意义上的全民所有制企业，中央政府各部属企业在企业兼并法律关系中的主体应该是中央政府所属的国有资产管理部门。但是，在我们国家里，所谓全民所有制实质上就是国家所有制，因此，全民所有制企业的一切活动（当然也包括兼并活动）都是在政府的控制之下，所以我们说各级政府所属的国有资产管理部门是企业兼并中的主体是符合实际情况的，在理论上也是站得住脚的，这是问题的一个方面。问题的另一方面是，长期以来都是由企业的主管部门——即各级政府的部、办、委、局代表国家行使管理企业的权力，而国有资产管理部门却是近几年的产物。因此，健全自上而下的国有资产管理体系，代表国家行使管理全民所有制企业的权力，充当企业兼并中的主体，就显得十分必要了。至于企业本身和企业的主管部门就只能是企业兼并的参与人了，最多也只能是一个准主体或者说企业主管部门是一个不完全主体。

第二，关于集体所有制企业的财产所有者问题。按照宪法和有关政策、法规对集体所有制企业的定义，它的财产所有者应该是这个集体企业的所有成员，代表这些成员行使所有权的是这个企业的职工代表大会，行使管理权、经营权的是这个企业的行政机构。那么，这个企业在企业兼并中的主体应该是企业职工代表大会，而不应该是这个企业的所谓主管部门，更不应该是这些企业的行政机构。否则，就是侵权。

其他所有制形式的企业的财产所有者比较明显，其主体也就容易确定，故不赘述。

2. 企业兼并的客体和内容。客体是指在企业兼并法律关系中兼并主体的权利和义务所指向的对象（标的）。而内容则是指兼并主体的权利和义务。有人认为企业兼并的客体就是被兼并企业，对此笔者不敢苟同。

笔者认为：企业兼并的客体是被兼并企业的产权，而不是被兼并企业本身，其理由是企业是人和物的集合体，只有物并不能构成一个企业，被兼并企业也不例外，如果把被兼并企业视为兼并的客体（标的），显然是把企业的劳动者也作为兼并的客体（标的），这与我国法律所确认的人是主体而不能成为客体的原则是相悖的。因此，企业不能成为兼并的客体。企业兼并实际上是一种产权转让，是产权转让的形式之一。所谓产权在法律上一般是指财产的所有权，即财产的归属权，它表现为房屋、设备、基础设施等实物形态的资产产权和股权、债权等货币形态的资产产权以及专利权、商标权、专有技术等其他无形资产产权。所谓产权转让，一般是指财产所有权在两个或两个以上的主体之间的转移，是所有权的移主；也就是财产所有权通过一定形式由原所有者手中转移到新所有者手中。按照权利义务对等的原则，兼并企业主体的权利就是被兼并企业主体的义务，兼并企业主体的主要权利就是获得被兼并企业主体所辖企业财产的所有权，而被兼并企业主体的主要义务就是将自己所辖企业财产的所有权有偿地转让给兼并企业主体，作为企业兼并法律关系的主体的权利和义务所指向的对象（标的）是同一的，即被兼并企业的财产所有权。因此，我们可以这样说，企业兼并中的客体就是被兼并企业的财产所有权。

3. 企业兼并的参与人。这个问题本来不属企业兼并法律关系要素的范畴，但因为与企业兼并的主体有着直接的联系，因此，放在这里论述。企业兼并的参与人是指一切参加企业兼并活动的人。它包括国有资产管理部门的代表，企业主管部门的代表，企业职工代表大会的代表，法院、工商管理、税务、审计、银行、公证等部门的代表以及有关专家和律师。由于以上人员在企业兼并活

动中的地位不同，利害关系不同，因此，其权利和义务也很不一样，这里不展开论述。当然，在兼并双方都不是全民所有制企业时，国有资产管理部门的代表就没有必要参加了。

三、企业兼并的法律程序

1. 兼并意向的提出。它是指通过一定的方式把被兼并企业企望被其他企业兼并的意图表达出来。按照笔者的构想，企业兼并意向的提出有以下几种方式：

（1）由兼并企业向被兼并企业或者由被兼并企业向兼并企业直接提出。

（2）由被兼并企业主管部门和国有资产管理部门通过新闻媒介发布兼并信息提出。

（3）由被兼并企业通过新闻媒介提出。

（4）在一个地区政治、经济、文化的中心城市建立企业兼并市场。把兼并企业和被兼并企业推向兼并市场，“产销”直接见面。

（5）对破产企业进行兼并。它是指兼并企业从法院发布的破产企业公告中获取兼并信息。

2. 企业兼并机构的组成。它有两种情况可供选择：一是组织常设的专门的企业兼并工作机构；二是组织临时的企业兼并工作机构。

（1）常设的专门的企业兼并工作机构。它是指由县以上的各级政府的国有资产管理部门牵头，吸收工商、税务、银行、审计、公证、法院等单位并特邀某些方面的专家参加组成的常设机构，它有专职的工作人员。

（2）临时的企业兼并工作机构。它是指在企业兼并有关各方就企业兼并问题达成初步意向后，国有资产管理部门应企业兼并有关各方的要求而临时组织起来的企业兼并

工作机构,参加人员与专门的企业兼并工作机构基本相同,其使命随企业兼并工作的完成而结束。

3. 兼并双方会计资料的公布,兼并方经济实力、资信情况的介绍与证明。企业兼并工作机构组成后的首要任务就是要弄清兼并双方的财产情况,这就需要双方如实提供会计资料,这一工作应在企业兼并机构中的会计师的监督下进行,以免提供的会计资料不实。另外,为了使被兼并企业对自己未来的“主人”和自己的命运放心,兼并方应如实地对自己的经济实力、资信情况作出介绍,并由会计、审计机构和银行予以证明。

4. 兼并条件的谈判。它是在企业兼并工作机构工作人员的主持下,兼并双方就兼并的条件进行讨价还价的谈判,它包括被兼并企业财产怎样核定,债权、债务如何处理,人员如何安排以及其他需要谈判的问题。

5. 被兼并企业资产的评估核定。它是指企业兼并工作机构对被兼并企业的资产进行评估核定,既包括对固定资产的评估,也包括对流动资产的评估,既包括对有形资产的评估,也包括对无形资产的评估。对固定资产评估核定的计算应按该资产的现值进行,而不应以原值或者净值计算。否则,被兼并企业的合法权益得不到保障。

6. 兼并协议的草拟、修改与签订。在完成上述工作后,企业兼并工作就进入了企业兼并协议的草拟、修改、签定阶段,这是整个环节中的重要一环,企业兼并法律行为的效力在这里得到正式确认,并以协议的形式固定下来。它应该是企业兼并工作机构委托专门人员起草协议,然后将协议草本提交兼并参与人员讨论修改并征求被兼并方职工的意见,在广泛征求意见的基础上作出修改,再将正式协议交兼并双方法人代表、被兼并方职工代表和双方主管部门签字盖章,

公证部门亦应予以公证。这里需要指出的是:如果在兼并企业和被兼并企业中,只有一方是全民所有制企业时,代表企业兼并主体签章的就只应是国有资产管理 部门的代表;如果兼并双方为同一国有资产管理 部门管辖下的全民所有制企业时,国有资产管理 部门可委托双方的主管部门作为兼并主体签章;如果兼并双方为不同国有资产管理 部门管辖的全民所有制企业时,双方的国有资产管理 部门作为兼并主体签章。

7. 被兼并方资产所有权的移交和向社会公告。企业兼并协议签订后,企业兼并工作就进入了最后阶段,也是实质性阶段,即被兼并方按兼并协议将其资产的所有权移交给兼并方,被兼并方法人资格丧失,兼并工作即告完成。同时,兼并方应向社会公告:被兼并企业停止一切活动,任何人不得以被兼并企业原来的名义进行任何活动,如有人冒用被兼并企业原来的名义进行活动,兼并方概不负责。通知被兼并企业原来的债权人在一定时间内办理债权转移手续。同时也办理债务转移手续。

四、企业兼并引起的法律后果

企业兼并作为一种法律行为,随着它的发生必然会引起一定的法律后果,笔者认为企业兼并的法律后果有以下几个方面:

1. 所有权的转移。企业兼并首先引起的直接法律后果就是所有权的转移。这种转移有两种形式:第一种是指所有权在同一所有制内部的转移,第二种是指所有权在不同所有制之间的转移。

2. 生产要素的集中和重组。企业兼并后,兼并企业必然要按照自己的计划对原生产要素进行重新配置,即重组;同时,企业兼并也必将使原来由两个或两个以上企业支配的生产要素归于一个企业支配,这就是生产要素的集中。生产要素的集中和重组,既有积极意义也有消极作用。首先,它有利于

控制投资规模,调整投资结构;其次,它有利于调整产业结构;第三,它有利于发展规模经营、集约经营。这是它积极的一面,另外,它也有消极的一面,即生产要素的集中和重组如控制得不好,容易形成垄断企业和垄断价格,而垄断不利于公平竞争,不利于提高我国企业的整体经济效益。

3. 股份制企业的形成。企业兼并既可以是单独的,即一个企业兼并另一个企业;也可以是联合的,即两个以上的企业联合起来兼并另一个企业。如果是后一种情况,则将形成股份经营的局面,出现参股或控股企业,为推行股份制提供了一条新的途径。

4. 促进劳动就业、社会保障制度的建立和完善。企业兼并的出现,必将要求建立新的和完善原有的劳动就业和社会保障制度,以适应企业兼并的需要,促进企业兼并的发展,保证企业兼并能沿着健康的轨道前进。就目前企业兼并的情况而言,一般都是“一揽子”地接受被兼并企业,但这是国家就业制度和社会保障制度不完善的产物,是不得已而为之的。如果有灵活的劳动就业制度和完善的社会保障制度,那么兼并企业就不会为安排被兼并企业的人员发愁了。因此,建立和完善劳动就业和社会保障制度看来是大势所趋,势在必行了。

五、需要解决的问题

1. 建立与之相适应的劳动就业制度。
改革十多年来,我们对原有的劳动就业制度

作了一些改革,但进展不大,效果也不明显,已不能适应企业兼并发展的需要(也包括承包制、租赁制),因此要迅速改革旧的劳动就业制度,建立与之相适应的劳动就业制度,要允许自由择业,真正做到职工选择企业,企业选择职工。

2. 建立和完善社会保障(救济)制度。如果劳动就业制度真正改革了,企业兼并后势必造成一部分人无工可做,无房可住,这样不利于社会的安定,出路就是建立和完善社会保障(救济)制度,它包括失业救济制度、医疗保险制度、住房商品化和住房失业补贴制度等。

3. 防止垄断的产生和垄断价格的形成。企业兼并大量发生后,势必形成一定程度的垄断,并有可能形成垄断价格。如何调控呢?笔者认为只有制定《公平竞争法》或《反垄断法》,用法律进行调控。

4. 国有资产管理者对不正当兼并的合法干预。在企业兼并一方为全民所有制企业时,有可能出现这样一种情况:企业本身和企业主管部门无视国家利益,以欺诈手段欺骗国有资产管理部門,将企业低价兼并出去或者高价兼并企业。如果出现这种情况,国有资产管理者有权在兼并中停止兼并的进行,在兼并后以原告身份要求法院宣判兼并无效。只有这样才能保证国家利益不受侵害。

(责任编辑 沈晓冰)

《美国五十州》一书出版

由吴纪先教授主编武汉大学美国加拿大经济研究所集体编写的《美国五十州》一书,已由武汉大学出版社出版,该书是一本全面介绍美国五十州及首都华盛顿哥伦比亚特区基本情况的通俗读物,内容涉及各州的自然地理、历史、人口、政府机构、经济、文化教育、旅游胜地、名胜古迹等方面。取材广泛,资料翔实,文字流畅。对与美国各州、市结成姐妹关系的省、市深入了解美国各州地方经济的发展和特色以及文化教育、科技等方面的发展尤有一定的参考和借鉴作用。书前附有美国地图。

(姜文)