

君

# 君合

【专业版】

2007 (第一期) WWW.JUNHE.COM



君合律師事務所  
JUN HE LAW OFFICES

君合北京总部

地址: 北京市建国门北大街8号华润大厦20层  
邮编: 100005  
电话: (86-10) 85191300  
传真: (86-10) 85191350  
电子信箱: junhebj@junhe.com

君合上海分所

地址: 上海市南京西路1515号嘉里中心32层  
邮编: 200040  
电话: (86-21) 52985488  
传真: (86-21) 52985492  
电子信箱: junhesh@junhe.com

君合深圳分所

地址: 深圳市深南东路5047号深圳发展银行大厦20楼C室  
邮编: 518001  
电话: (86-755) 25870765  
传真: (86-755) 25870780  
电子信箱: junhesz@junhe.com

君合大连分所

地址: 大连市中山区人民路15号国际金融大厦16层F室  
邮编: 116001  
电话: (86-411) 82507578  
传真: (86-411) 82507579  
电子信箱: junhedl@junhe.com

君合海口分所

地址: 海口市滨海大道南洋大厦1107室  
邮编: 570105  
电话: (86-898) 68512544  
传真: (86-898) 68513514  
电子信箱: junhehn@junhe.com

君合香港分所

地址: 香港中环康乐广场1号怡和大厦22楼2208室  
电话: (852) 21670000  
传真: (852) 21670050  
电子信箱: junhehk@junhe.com

君合纽约分所

地址: 美国纽约市44街西36号914室  
邮编: 10036  
电话: (1-212) 7038702  
传真: (1-212) 7038720  
电子信箱: junheny@junhe.com

合



命 命 命 命 命  
 命 命 命 命 命  
 命 命 命 命 命  
 命 命 命 命 命

命 命 命 命 命  
 命 命 命 命 命  
 命 命 命 命 命  
 命 命 命 命 命





2007年第1期  
**CONTENTS**  
 目录  
 主办：君合律师事务所

### 并购大时代

- 02 风险资本境内投资模式的几点评述 陈江

### 律师专论

- 09 水务特许经营招投标项目简述“保良” 袁家楠 王健刚 刘世坚  
 14 创业投资企业的税收优惠 刘定发  
 17 浅议破产法中的重整和管理人制度 武雷 韩琦

### 他山之石

- 20 市政公用事业特许经营权的招标和拍卖：一个经济学分析 孙速  
 25 新《公司法》对外商投资公司的适用若干问题研究 李明

### 法律动态

- 32 《成品油市场管理办法》与《成品油市场管理暂行办法》比较 丁为立  
 42 劳动合同法的主要内容及其影响 君合律师事务所劳动法组

### 君合之窗

- 48 物权法主要内容及有关问题的介绍(上) 扈纪华  
 53 关于德国证券交易所及中国境内企业到德国上市相关法律问题的讲座 阮宇星

### 56 年度要闻

#### 编委会

主 编：肖 微  
 执行编委：李 骐 黄 湘  
           令狐铭 何 侃  
           周 辉 张红斌  
           李靖怡 张 岳  
 封面设计：赵米乐  
 封面题字：王之龙

# 风险资本境内投资模式的几点评述<sup>1</sup>

陈江



“山重水复疑无路，柳暗花明又一村”——（宋）陆游

这是最好的时代，对于有意投资于中国的风险投资家来说。他们可以列出无数的理由：中国经济连续二十八年保持平均增长率超过百分之九，最近四年更是连续两位数增长；中国人口全球第一，创业人才储备充足，另一方面消费人群巨大、消费能力旺盛；人民币持续、坚定地升值并将继续升值。似乎每迟一年进入中国就意味着丧失了一年甚至几年的商机。从2004年风险投资走出网络泡沫阴影之后，投向中国的资金年创新高。2006年中国创业投资市场的投资总额超过以往的任何一个年度，截至12月31日的投资金额高达17.78亿美元，比2005年的11.31亿美元高出52.1%，成为中国创投历史上投资金额最高的年度；但是这一数字将很快被刷新，仅2007年前六个月风险投资的总额已接近17亿美元。

## 一、问题的提出

传统风险投资基本上采取“由外向内”的投资模式。公

司创始人(founder)在国外设立一家特殊目的公司，然后特殊目的公司在国内设立一家外商独资企业，并通过并购或者合同控制方式实质控制国内实际运营的资产(实体)；风险投资基金投资于特殊目的公司层面，特殊目的公司向风险投资基金发行优先股以获取风险投资基金的资金；特殊目的公司获取资金之后，以增资或者股东贷款方式，将所获得的资金投入外商投资企业，由外商投资企业在国内分配有关资金的使用。

“由外向内”的传统投资模式有着许多优势：风险投资基金通过投资于境外的特殊目的公司间接投资国内资产(实体)，可以达到中国政府对其投资监管的最小化，同时利用国外灵活的公司法安排一系列国内公司法无法给予的特别权利，而且便于安排包括海外上市在内的一系列退出机制。

然而政府出于对资本外逃以及流动性资本短期套利两种截然不同资本流动的戒备心理，从2005年1月24日国家外汇管理局的11号文开始，经历29号文、75号文，到商务部2006年10号文以及2007年6月份国家外汇管理局的106号文，出台了一系列限制返程投资和关联并购的法规，其中

<sup>1</sup> 感谢原君合律师事务所上海分所的王菁律师协助作者为本文的写作收集有关资料。王菁律师现任职于上海市地税局。

商务部2006年10号文以及国家外汇管理局的106号文将这方面的管制推向最高峰。2006年9月8日商务部10号文生效之后，商务部目前为止尚未批准任何关联并购，因而境外特殊目的公司通过并购境内企业将境内资产注入境外特殊目的公司的模式基本上处于停滞状态。在这些限制之下，对于成长性强的企业，风险投资基金开始考虑直接投资国内企业而不再坚持“由外向内”的模式。

另一方面，国内本土风险投资基金开始蓬勃发展。对于许多国内基金而言，赴海外投资一家控股公司然后再由控股公司返程投资回到国内的结构涉及境内机构对外投资、境外公司境内返程投资等一系列复杂、繁琐且耗时的法律程序，因而青睐于境内直接投资。更为令人鼓舞的是，目前越来越多的风险投资基金培育的企业开始在国内上市；随着2006年6月深圳中小企业板实现全流通后的上市“开闸”，以深圳同洲电子登陆中小企业板并融资3.5亿元为标志，拉开了风险投资国内资本市场退出的序幕。截至2006年底，已经有5家风险投资企业在深圳中小板实现IPO，占2006年22个风险投资企业IPO案例数的27.73%。<sup>2</sup>

不同于在境外安排风险投资的情形，风险投资基金在境内的投资适用的是中国法，包括中国的合同法、公司法以及证券法等。然而与诸如开曼群岛或者维尔京群岛等一些避税港相比，我国的一些法律仍属僵硬，以至于风险投资基金在国内投资时碰到不少难题，而风险投资基金不得不“削足适履”，充分利用现行法律提供的一些空间，尽可能地保护自己。

风险投资基金直接投资于国内企业基本上有两种模式：(1)在国内设立风险投资基金并投资国内企业，以及(2)基金仍然设在海外，然后从海外直接投资国内企业。考虑到基金规模问题以及设立基金审批问题，目前第一种模式采用的还不是很多，因而本文不予探讨。本文主要讨论前述第二种投资模式，并总结笔者最近两年参与的若干风险投资基金从海外直接投资境内项目的一点心得。

## 二、注册资本制度合股权比例的确定

传统的风险投资项目几乎均是创始人以很少的现金（一般为1—10万美金）成立一家控股公司（“目标公司”），该公司一般为股份有限公司，创始人持有其100%股份，之后创始人将知识产权、个人劳务投入目标公司，使得目标公司增值；在目标公司经营一段时间之后风险投资基金以现金出资方式对目标公司进行增资，该等增资可换取的股份是基于对于公司价值的重新评估而得，因而与创始人原先投入的资金无任何关系；与此相关的“对赌条款”，即如果目标公司的经营业绩不如预期或者大大超过预期，风险投资基金投入时的目标公司的价值相应地调整，进而风险投资基金在目标公司中的股份将相应调整。

我国公司法对于股份有限公司设立的门槛还是比较高而且程序复杂，所以几乎所有目标公司都首先是有限责任公司，在上市之前再改制成股份有限公司，因而绝大多数风险投资基金在国内投资时都是投向有限责任公司。与股份有限公司相比，投资者在有限责任公司中的权益体现为股权，而非股份。然而我国的公司法长期以来以“出资”概念取代“股权”概念，以至于许多审批、登记部门将各方在注册资本中的“出资”比例强制性地等同于“股权”，不允许各股东通过约定的方式确定股权比例。由于风险投资依据的公司价值一般远远超过公司的注册资本，如果简单地看风险投资基金投入的金额在目标公司注册资本中的比例，每一轮融资结果风险投资基金绝对是占目标公司注册资本的绝大多数，以此为依据的话风险投资基金将持有目标公司的绝大多数股权。显然，这与风险投资基金、创始人以及目标公司的商业意图背道而驰。

这一误区现在正在逐渐得以纠正，主要体现在(1)2005年颁布的新公司法在股权转让章节首次引入“股权”概念并且用“股权”代替“出资”，(2)商务部等部委2003年颁布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》就已经规定外商

<sup>2</sup> 数据来源于<http://www.seekfortune.com.cn/>（找钱网）。根据清科集团(Zero2IPO)近期发布的研究报告指出，2007年第一季度共有9家VC/PE投资的中国企业完成境外首次公开发行上市，5家企业完成境内首次公开发行上市；2007年第二季度共有12家VC/PE支持的中国企业完成境外首次公开发行上市，3家企业完成境内首次公开发行上市；有意思的是，由于国内股市的超常规发展，二季度12家海外上市的中国企业给其投资商们带来了平均7.2倍的投资回报，而3家境内上市的中国企业给其投资商们带来了平均10.2倍的投资回报。

并购境内企业(包括股权并购以及向境内企业增资)时, 外方投资者的股权比例可以由各方在境内公司届时的评估价值基础上约定, 2006年修订后的《关于外国投资者并购境内企业的规定》延续了这种做法。<sup>3</sup>

虽然并购条例已有可以依据资产评估结果约定股权比例的规定, 但显然该等约定是有条件的, 即以此资产评估结果为“基础”。然而由于国内资产评估方法与国外的不同, 使得依国内评估出来的企业的价值一般均小于风险投资基金创始人约定的价值, 特别是在高科技行业。笔者曾经处理过一个案子, 风险投资基金意欲通过增资方式投资于一家开发ERP系统的软件公司, 公司成立一年, 双方约定价值为300万美元, 并依此确定股权比例, 然而资产评估机构只愿意按净资产进行评估, 结果评估出来的价值只有600多万人民币, 审批机构就要我们解释为什么应当按照双方约定的价值而不是评估师的评估价值确定股权比例。我们只能解释两个评估机制的不同以及法律没有强求一定要“按照”资产评估价值确定股权比例, 而且风险投资基金和目标公司约定的价值高于评估价值是对中方原有权益的保护而非贬损; 审批机构最终同意了我们的方案之后, 到了工商局(系某直辖市工商局)又碰到问题: 工商局认为“股权”等于“出资”, 是不可约定的, 由于高溢价增资的金额根据并购条例全部计入注册资本, 风险投资基金在注册资本的出资中占有绝大多数的出资, 应当是依此进行工商登记, 我们拿出并购条例与其探讨, 工商局最后说: 国内工商局登记系统还是按照“股权”比例等于“出资”比例的默认方式进行工商登记, 一般登记人员是无权更改系统设置的, 最后请示了领导才手动调整工商登记的股权比例

设置。

如果说并购条例第十三条还是为风险投资基金以其熟悉的高溢价增资的方法进入中国开了一扇门的话, 关于风险投资基金进入目标公司之后一段时间根据目标公司的经营业绩无需支付任何额外付款方式调整风险投资基金在目标公司股权比例的“对赌协议”在现行的法律框架之内较难操作。如果没有任何注册资本的增加或减少, 或者发生投资者之间的股权转让行为, 公司是不得擅自调整各个股东之间的股权比例, 工商局也不会受理这种变更登记; 而如果用创始人与风险投资基金之间“股权转让”方式来实现因“对赌协议”引起的股权调整也有其难度, 因为外商投资企业股权转让需要审批机关批准, 而现阶段让审批机关批准一项对价为零的股权转让基本上不现实; 如果双方之间事先约定一个股权转让价格并将其填入股权转让协议中报送审批部门审批, 然后由创始人签署一份side letter宣布放弃股权转让协议里股权转让价格的请求权, 这种处理方式有两点不确定性, 即该等放弃股权转让价格是否构成对股权转让协议的修改, 以及如果是修改的话是否需要原审批机关的批准才能生效(如果是, 则同上述一样, 该等批准基本上是无法获得的)。

笔者在最近一个交易中推荐客户采用一次融资分两次增资的方式(two tranches)进行操作, 即第一次增资按照拟定的价值进行并获得一定股权比例, 到了约定业绩年限届满(一般为1-2年)再进行公司价值评估并进行第二次增资, 届时增资额和股权比例以已经调整后的公司价值为依据确定, 同时对于前面年限内股权比例如果需要调整的话在这次增资时一并调整。然而这种安排只能最大程度了解

3 2003年颁布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》第10条规定:

- “外国投资者协议购买境内公司股东的股权, 境内公司变更设立为外商投资企业后, 该外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本, 外国投资者的出资比例为其所购买股权在原注册资本中所占比例。被股权并购境内公司同时增资的, 并购后所设外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本与增资额之和; 外国投资者与被并购境内公司原其他投资者, 在对境内公司资产评估的基础上, 确定各自在外商投资企业注册资本中的出资比例。”
  - 外国投资者认购境内公司的增资, 境内公司变更设立为外商投资企业后, 该外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本与增资额之和。外国投资者与被并购境内公司原其他股东, 在境内公司资产评估的基础上, 确定各自在外商投资企业注册资本中的出资比例。”
- 2006年修订后的《关于外国投资者并购境内企业的规定》第18条规定:
- “外国投资者协议购买境内公司股东的股权, 境内公司变更设立为外商投资企业后, 该外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本, 外国投资者的出资比例为其所购买股权在原注册资本中所占比例。”
  - 外国投资者认购境内有限责任公司增资的, 并购后所设外商投资企业的注册资本为原境内公司注册资本与增资额之和。外国投资者与被并购境内公司原其他股东, 在境内公司资产评估的基础上, 确定各自在外商投资企业注册资本中的出资比例。”

决关于调整问题，但是由于分两次增资使得风险投资基金分两次获得目标公司股权且一开始获得的股权比预期的要少，如何保障在约定业绩年限后其有限股权比例不会被稀释是重点考虑的问题。

### 三、退出机制的安排

传统的风险投资基金投资的目标公司均应给予风险投资基金包括清算优先权、赎回和上市在内的退出机制；有的时候风险投资基金还会要求创始人授予一项出售期权(put option)，即在一定条件成就后可以强制要求创始人购买风险投资基金持有的股份。不论是赎回还是出售期权情形，风险投资基金应收回的投资额都是事先拟定好的；除了以上公司或者创始人提供的退出机制外，风险投资基金还有出售股权不受制于其他股东优先购买权限制的权利和在其他创始人股东出售股权时共售权利(co-sale right)。

以下是在国内开展风险投资时，如何在中国法律框架下实施、适用上述退出机制的一些评论。

#### (1) 首次公开发行

如果企业业绩良好，上市显然是最理想的退出方式。国内企业海外上市由于还需要证监会审批，而证监会目前出于发展国内证券市场的需要，不轻易批准海外上市，对于境内一般规模民营或外资企业直接发行H股或者赴纽约证券交易所(或者其他海外交易所)上市的申请更是不大可能给予批准。因而对于这些国内企业而言比较现实的选择是国内上市(包括上海主板和深圳中小板)。国内上市目前市盈率普遍比海外上市的要高，然而民营(包括外资)企业的上市受制于商务部、证监会等部门的审批和核准，在进度上也可能受一些非法律因素影响。

另外，风险投资基金在国内上市的锁定期比海外要长。海外上市情形下对于风险投资基金的锁定期一般不超过180天，锁定期之后风险投资基金将有各种登记权

(registration right) 要求目标公司协助风险投资基金通过证券交易市场退出目标公司。而我国公司法第一百四十二条规定，发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让；公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让；而商务部的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》更是规定，发起人股份的转让，须在公司设立登记3年后进行，并经公司原审批机关批准。<sup>4</sup>

在上市之前或者目标公司业绩不佳时，风险投资基金只能选择以下一些方式退出。

#### (2) 赎回、回购和减资

在一般海外的风险投资架构中，风险投资基金会和目标公司约定如果公司若干年(一般为五年左右)内无法完成首次公开发行，风险投资基金应就有权要求目标公司赎回自己的股份，价格为当年购买股份的价款加上一定的利息。

我国公司法对于股东赎回权的行使仅限于非常有限的一些场合，且仅针对有限责任公司。根据公司法第七十五条规定，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：(一)公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；(二)公司合并、分立、转让主要财产的；(三)公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。显然这与海外结构的赎回安排还有很大的差距。

与赎回概念类似的是减资。国家工商行政管理总局《关于公司减少注册资本办理变更登记有关问题的答复》(工商企字[2003]第12号)肯定了股东之间可以不按比例减资。外商投企业在经营期限内，如确有正当理由，在不影响企业正常经营，且不侵犯债权人利益的前提下，可以向原审批机关提出缩小生产规模、调整投资总额和注

<sup>4</sup> 由于风险投资基金一般是在目标公司还是有限责任公司时就已进入，因而在目标公司完成股份制改造时即变更目标公司的发起人，从而受制于上述规定。

注册资本的申请，经原审批机关批准，由原登记机关核准后，办理变更登记，并报国家工商行政管理局备案。<sup>5</sup>根据公司法第一百七十八条的规定，公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。然而根据以往实践，出于地方政绩的需要，地方商务主管部门极少批准外商投资企业的减资；而且即使商务主管部门批准了减资，外方可以带走的资金一般还是仅限于根据其股权比例在注册资本中相对应的金额。而根据前面的探讨，风险投资基金投资于目标公司一般都是基于高溢价增资而且根据并购条例该等溢价应当直接进入注册资本，其持有股权比例与其出资在注册资本中的比例不对等，如果按照上述方式减资，风险投资基金只能收回很少的一部分投资款项而不是当年所有的增资额。因而显然这不是一个理想的方案。

股份有限公司的股东没有任何赎回的权利，股份有限公司只有有限的回购权利，我们可以通过约定在一些情况下公司必须要行使其回购权从而达到与股东赎回权类似的法律效果。根据公司法第一百四十三条，股份有限公司能够行使回购权的情形限于以下场合：（一）减少公司注册资本；（二）与持有本公司股份的其他公司合并；（三）将股份奖励给本公司职工；（四）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。显然风险投资基金可以利用前述第（一）项的规定，约定创始人及其他股东促使目标公司在特定条件下回购自己持有的股份。

公司法继续规定股份有限公司因前述第（一）项至第（三）项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议，而且公司法第一百零四条规定股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。因而能否回购成功，除了目标公司之外，还要取决于多少股东能够同意回购。另外，本文第四章也将讨论到，在目标公司完成股份制改造、变成股份有限公司并且其不再享有优先权利之后，如何确保风险投资基金还能促使目标公司实施上述回购。

### （3）出售期权(put option)

根据出售期权的安排，风险投资基金向创始人出售其持有的目标公司的股权时必须经相关商务主管部门的审批。由于向创始人出售股权需要重新签署股权转让合同并报商务主管部门批准，如果届时创始人不配合，很显然法院不太可能根据出售期权安排的约定进行判令创始人实际履行、收购风险投资基金持有的股权。即使双方签署了该等股权转让合同，约定了购买价格，审批机关和外汇主管机关还是可能会审查该等股权转让价格是否合理。一般来说出售期权约定的价格相当于风险投资基金原来投入目标公司的投资金额加上一定的利息。如果公司业绩不好甚至亏损，风险投资基金要转让小部分股权，但价格却是原高溢价下的投资额加上一定利息，该等价格一定大大超过相同股权比例乘以公司注册资本（或者公司资产）所得金额。主管部门传统的“出资”等于“股权”思想很可能再次作祟，因此能否同意该等价格并同意创始人购买相关外汇汇出还不得而知。<sup>6</sup>

<sup>5</sup> 原国家工商行政管理局、原对外贸易经济合作部1994年的《关于进一步加强外商投资企业审批和登记管理有关问题的通知》第11条。

原对外贸易经济合作部1995年颁布的《关于外商投资企业调整投资总额和注册资本有关规定及程序的通知》也有一些限制性规定，即有下列情形之一的企业，不能申请调整投资总额和注册资本：（一）现行法律、法规对注册资本有下限规定，其调整后的注册资本低于法定资金数额的；（二）企业有经济纠纷，且进入司法或仲裁程序的；（三）企业在合同或章程中对生产、经营规模有最低规模规定，其调整后的投资总额小于该最低规模的；（四）中外合作经营企业合同中规定外方可先行回收投资，且已回收完毕的。

<sup>6</sup> 《关于外国投资者并购境内企业的规定》第五十五条规定，“外国投资者购买境内外商投资企业股东的股权或认购境内外商投资企业增资的，适用现行外商投资企业法律、行政法规和外商投资企业投资者股权变更的相关规定，其中没有规定的，参照本规定办理”。由于《关于外国投资者并购境内企业的规定》有评估报告的要求，而《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》没有这方面的要求，因而在一些地方如上海，部分外商投资企业股东之间的股权转让已被要求提交评估报告，这将对确定股权转让的定价有牵制作用，同时加大风险投资基金收回原高溢价出资的难度。

#### (4) 不受制于优先购买权地出售给第三方以及共售权(co-sale right)

通过目标公司的章程约定风险投资基金可以不受制于其他股东优先购买权向第三方出售股权以及在创始人出售股权时有权参与共同出售，这并不违背中国法律，因为公司法第七十二条就有限责任公司的股权转让规定“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”<sup>7</sup>。然而正如前文所述，外商投资企业的股权转让需要审批而且价格也可能需要受到一定程度的审查，因而存在一些不确定性。

#### (5) 清算优先权

清算优先权一般指在目标公司清算后，风险投资基金有权从支付完毕目标公司债务之后的剩余财产内优先获得相当于其原投资款项加上一定利息的金额，然后尚余的财产由各股东按比例分享。

风险投资基金可以在目标公司的合资或合作合同中约定，在特定条件下其有权提议终止并清算目标公司。根据《中外合资经营企业法实施条例》第九十四条规定：“合营企业清偿债务后的剩余财产按照合营各方的出资比例进行分配，但合营企业协议、合同、章程另有规定的除外”，合资合同和章程可以约定合资企业清算时财产的分配顺序，因此对于合资企业，我们可以在合资合同中约定风险投资基金的清算优先权（即清算时，风险投资基金应有权从目标公司清偿债务后的剩余财产中优先收回其原高溢价投入的增资款及一定的利息，以后所有股东再根据股权比例分配目标公司剩余财产）。中外合作经营企业法也有类似的规定。<sup>8</sup>然而需提醒的是，外汇主管部门在目标公司对外付出风险投资基金所得的优先清算款时，有些时候可能会对中外方不对等分配且外方分配多于中方提出异议，因

而从执行力层面可能会打一些折扣。

#### 四、优先权利的存续期限

传统的风险投资基金在投资进入目标公司时，由于认购的是目标公司的优先股，因而获得诸如创始人股东出售股份时的优先购买权(right of first refusal)及共售权(co-sale right)，不受制于其他股东优先购买权的股份出售权，出售自身股份时可要求创始人一起出售股份的拖售权(drag-along right)，清算优先权(liquidation preference)，信息权(information right)，特定事项的否决权(veto right)，优先认购目标公司增加资本的权利(right of participation)，登记权(registration right)，赎回权(redemption right)，股份转换权(conversion right)，价格及股份数直接调整权(ratchet)，固定股息权利(dividend right)，强制出售期权(put option)等。前面所述权利一般在目标公司的首次公开发行时消亡，因为届时投资者的所有优先股必须转换成普通股才能实现通过证券交易所退出的安排，而转换成普通股后持有人只能享有普通股对应的普通权利。

在直接国内投资的框架下，风险投资基金一般是在目标公司尚未改制成股份有限公司之前就已经投资进入目标公司，这是因为这时目标公司市值尚低，投资成本较少，而且相对于投资股份有限公司，风险投资基金投资于有限责任公司需经历的审批部门少、层级低，审批程序快捷。

受制于中国法律的规定，风险投资基金投资于目标公司时一般会要求获得比创始人股东优惠的权利，包括前面提到的不受制于其他股东优先购买权的股份出售权，创始人股东出售股份时的优先购买权及共售权，清算优先权，强制出售期权，以及出售自身股份时可要求创始人一起出

7 公司法第七十二条规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。”

— 股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

— 经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

— 公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”

8 《中外合作经营企业法》第二十三条规定：“合作企业期满或者提前终止时，应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当依照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。”

售股份的拖售权 (drag-along Right), 信息权 (information right), 特定事项的否决权 (veto right), 优先认购目标公司增加资本的权利 (right of participation); 对于其他一些权利, 诸如登记权 (registration right), 赎回权 (redemption right), 价格及股份数直接调整权 (ratchet), 固定股息的权利 (即有些风险投资基金会要求只要目标公司有盈利并宣布分红, 必须保证优先给风险投资基金一定比例的股息, 然后各股东一道分配剩余盈利, 这有违反禁止给外资固定回报规定的嫌疑), 在中国法下无法直接适用, 只能“削足适履”采取一些变通做法。

然而即使前述特别权利中可以写入合资合同和章程的一些特别权利, 在目标公司改制为股份有限公司时, 也可能全部消失或者变成所有股东共享的权利。这是因为如果风险投资基金是在股份制改造之前进入目标公司的, 在股份制改造之时风险投资基金将被定义为发起人; 根据同股同权的原则, 在股份制改造时目标公司发行的所有股份在权利义务上应该是统一的, 不允许厚此薄彼, 因此届时所有股东的权利必须一致, 上述风险投资基金享有的优先权或者将不复存在, 或者必须让所有股东平等享受 (如果是这样则无所谓“优先”不“优先”)。可见与海外风险投资相比, 风险投资基金的优先权存续期间更短, 在股份制改造 (而不是首次公开发行) 之时这些“优先”的优势将消失。因此, 如何在目标公司股份制改造完成之后至目标公司首次公开发行之前维持风险投资基金的优先权是风险投资基金在目标公司股份制改造中的难点。

对于这个问题, 笔者最近给予客户的建议是, 风险投资基金虽然不能再和公司约定一些优先权利了, 但还是可以尝试与其他股东通过协议方式另行约定上述优先权利。具体而言, 在该等协议内, 其他股东有义务通过股东大会层面的投票权支持并促使目标公司做出或者不做出某些行为, 从而达到与目标公司直接给予优先权类似的法律效果。但是在这种安排下, 一旦创始人方违约, 风险投资基金的权利能否得到法院的支持尚不得而知。

## 五、结语

风险投资基金在国内的直接投资将继续进行下去的趋势是显而易见的, 而囿于现行中国法律的框架其要放弃海外惯常使用的保护其“金刚不坏之身”的投资文本也是显而易见的, 因而如何移植海外的一些结构安排并根据中国法律现状进行适当“本土化”对于律师是一个很大的课题和挑战。以上几点初浅评析尚需在实践中不断完善, 同时希望在这里能起到抛砖引玉的作用。





# 水务特许经营招投标项目简述“保良”

袁家楠 王健刚 刘世坚



## 一、巨大的水务市场

水是国民经济的命脉，水务行业是我国国民经济中极为重要的基础设施和公用事业行业。过去的十年里，随着城市化的加速，水业的发展呈现出前所未有的势头。以城市污水处理率为例，1993年，全国城市污水处理率为17.9%，2006年已经达到56%。这是在我国人口每年持续增长、污水排放量每年持续增加的情况下实现的发展。但是，目前全国范围内水务设施的总体规模和服务能力，包括自来水供应能力和污水处理能力，仍与社会对水业发展的需求有着不小的差距。特别是中小城市，由于多年来在市政基础设施和公用事业方面的投入不够，积累的缺口很大，已经远远不能满足社会经济和人民群众生活水平的要求。对于这些城市而言，加大对水务设施的投入，提高水业服务能力，实际上已经成为能否实现构建和谐社会目标的关键因素之一。而对于水务设施已经初具规模或者已经能够满足目前社会经济发展水平要求的城市而言，继续增加水务设施的投入，提高现有设施的技术水平和运行效率，仍然是保证国民经济可持续发展所必需的。

根据建设部公布的数据，“十一五”期间(2006-2010)，中国用于城镇污水处理、再生利用设施建设规划的新增投资额将有三千三百多亿元。同时，大量更新原来的陈旧管网以及改造污水管网，还需要五百亿元以上的投资。而这一庞大的水务市场，将遵循WTO原则，向境内、外投资者开放。

## 二、水务特许经营项目选择投资人的方式

### 2.1 适用招投标的水务项目

根据《中华人民共和国招标投标法》(简称《招标投标法》)规定,大型基础设施、公用事业等关系到社会公共利益、公众安全的项目,其勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标。原国家计委《工程建设项目招标范围和规模标准规定》进一步明确了《招标投标法》中提到的关系社会公共利益、公众安全的基础设施项目和公用事业项目的范围。其中,供水等市政工程项目被纳入上述公用事业项目范围,污水排放及处理等城市设施项目被纳入上述基础设施项目范围。这些项目的勘察、设计、监理等服务的采购,单项合同估算价在50万元人民币以上的,或施工单项合同估算价在200万元人民币以上的,或与工程建设有关的重要设备、材料等货物的采购,单项合同估算价在100万元人民币以上的,必须进行招标。即使单项合同低于上述任何标准,但项目总投资额在3000万元人民币以上的,也必须进行招标。绝大部分水务项目都达到上述标准,所以,就水务工程项目来说,在勘察、设计、施工、监理、设备材料采购等环节一般采用招标方式。

对于水务项目投资人的选择,是否必须按照《招标投标法》规定采用招标方式,《招标投标法》并没有给出答案。《招标投标法》规定必须进行招标的,限于工程项目中对勘察、设计、施工、监理、设备材料供货等单位的选择;但对工程建设项目投资人的选择,《招标投标法》没有提及。所以,仅从《招标投标法》的角度讲,水务项目投资人的选择,可以不采用招标方式;但是,一旦水务项目以招标方式选择投资人,则其招标活动必须适用《招标投标法》。

### 2.2 招标、招商、招募、竞争性协议谈判

在水务项目,特别是选择投资人的水务项目中,由于《招标投标法》并未严格要求必须采用招标方式,所以除招标之外,实践中也有采用招商、招募、竞争性协议谈判方

式选择投资人的情况。

#### (1) 水务项目招商

关于水务项目投资人的招商,一般做法是项目所在地地方政府或主管部门,或有某些被赋予行政职能的行业公司,作为招商方发布招商文件,邀请有兴趣、符合投资条件的潜在投资人提出投资申请文件,由招商方审查评估,选定投资人。招商又有公开招商和邀请招商之分,但无论是公开招商还是邀请招商,在《招标投标法》中均无依据,其适用范围、条件、程序等,也没有任何明确的法律法规的依据。所以水务项目招商,可以突破某些适用于招标投标的法律限制,例如最低投标人数、评估原则和程序等方面的法律要求,灵活地达到目的。不过,从另一方面看,也正是因为招商缺乏法律依据,缺乏统一规范,其公平性和公正性令人怀疑,即使采用公开招商,其竞争性也没有保证,所以对潜在投资人的吸引力有限。当然,如果对于某个水务项目,地方政府或主管部门、行业公司缺乏信心或者受时间、条件所限而准备不充分,也可以考虑采用招商方式,而不是招标方式,以避免由于潜在投资人数量稀少或者项目条件变化致使地方政府或主管部门、行业公司处于不利地位。

#### (2) 水务项目招募

至于与水务项目有关的招募,最早见于深圳市的地方政府规章。在《深圳市公用事业特许经营办法》中,提到招募是公用事业特许经营授予的方式之一,即授权主体将拟授权经营的公用事业公告后,授权主体或其委托的中介机构向申请者发出邀请,通过审慎调查和意向谈判,确定经营者候选人,提交评审委员会确定优先谈判对象,通过谈判确定被授权人。在《深圳市国有集体企业产权交易办法》中,则提到招募是企业产权交易的方式之一,即转让方将拟转让的企业产权在产权交易机构公开挂牌期满后,转让方或转让方委托的中介机构向符合受让条件的潜在购买方

发出邀请，通过审慎调查和意向谈判，确定购买方候选人，提交评审委员会确定优先谈判对象，通过谈判确定受让方。这种方式由于难保选择过程公平和透明，受到广泛质疑。在《深圳市公用事业特许经营条例》中对招募方式进行了更加严格的限制。在南京城北污水处理厂经营权转让项目初期招商文件中，也曾提到该项目经南京市政府授权批准，采取招募的方式。虽然以后的正式招商文件中不再提及招募方式，但可以看出对于招商人而言，招募和招商并没有实质性区别，是可以通用的。

### (3) 水务项目竞争性谈判

水务项目竞争性谈判，是指不经过招标、招募或招商而直接与两个或两个以上意向投资人接触、谈判，在达成一致后签订协议确定项目投资人的投资人选择方式。就目前而言，无论是招募方式还是招商方式，虽然用于选择水务项目投资人都缺少明确的法律依据，但还是可以体现一定程度的公开性。竞争性协议谈判则在公开性方面更逊于招募和招商方式。不过，于2004年2月1日起施行的《企业国有产权转让管理暂行办法》对现有的国有水务项目所有权或经营权的转让采用竞争性协议谈判方式选择受让方的问题有所规定。根据《企业国有产权转让管理暂行办法》，国有产权转让可以采取拍卖、招投标、协议转让以及国家法律、行政法规规定的其他方式进行。转让方应当将产权转让公告委托产权交易机构刊登在省级以上公开发行的经济或者金融类报刊和产权交易机构的网站上，公开披露有关企业国有产权转让信息，广泛征集受让方。经公开征集产生两个以上受让方时，转让方应当根据转让标的的具体情况采取拍卖或者招投标方式组织实施产权交易；经公开征集只产生一个受让方的，可以采取协议转让的方式；经国有资产监督管理机构批准的，也可以采取协议转让方式。从这个方面讲，涉及国有资产的水务项目转让，采用竞争性协议谈判方式在部门规章(例如上述《企业国有产权转让管理暂行办法》)中还是可以找到依据的，但前提是必须符合规章中规定的条件。而采用招募或招商方式选择受让方

则无法在《企业国有产权转让管理暂行办法》中找到依据。

## 三、水务特许经营项目的法律结构简述

特许经营实践，包括特许经营项目的法律结构，因项目所在地和项目所属的具体领域不同而有所不同，即使都是水务项目，其法律结构也不完全相同。

总结起来，水务特许经营项目的法律结构在实践中一般包括如下内容：

### 3.1 特许经营许可

深圳市实行特许经营授权书形式，《新疆维吾尔自治区市政公用事业特许经营条例》则规定了特许经营权证的形式。北京市在《城市基础设施特许经营条例》中规定采用特许经营协议形式授予特许经营权，与深圳和新疆的做法不完全相同。

### 3.2 有关特许经营的政府令

即以政府令的形式颁布某一特许经营项目的规范性文件，例如上海大场水厂BOT项目、长春汇津污水特许经营项目、哈尔滨太平污水厂BOT项目都采用了这种方式。

### 3.3 特许经营协议

特许经营协议一般包括特许经营权的授予、特许经营内容、特许期、履约保函、移交(提前移交/正常移交)、终止补偿等条款。多数水务特许经营项目采用签署特许经营协议的方式授予特许经营权。

### 3.4 建设运营协议或项目执行协议

一般在有针对项目的政府令的情况下，为具体实施政府令所规定的特许经营权授予和监管而签署的执行协议。

### 3.5 资产转让协议 / 经营权转让协议

一般包括转让方的承诺和保证、转让价格、范围及付款安排、土地使用权、性能测试及缺陷责任等条款，是特

许经营项目中采用TOT模式项目的重要协议之一。

### 3.6 污水处理服务协议 / 购水协议

主要规定特许期内的服务及收费的有关内容，一般包括服务标准、监督范围、付费机制(支付保函)、调价公式等条款，是几乎所有水务特许经营项目必须包含的协议。

### 3.7 合资合同、章程 / 股权转让协议

见于部分产权转让的特许经营项目。与这些特许经营项目有关的当地政府要求有本地企业参与到特许经营中，一般通过转股或合资的方式，本地企业占较少股份。

### 3.8 委托合同

主要涉及管网及相关设施的运营维护。在管网对外资未完全放开的情况下，通过委托合同有助于实现项目公司对市政项目的全面经营。

## 四、水务特许经营招投标项目中的法律顾问和其他中介机构

对于普通的工程建设项目招标来说，招标人如果不具备自行招标的资格和能力，则需要通过聘请招标代理机构来协助完成整个招标过程。在这一过程当中，招标代理机构负责的工作多限于程序性事务，而很少涉及招标文件的实质性内容或条件。而水务特许经营项目却不然。因为水务特许经营项目关系重大，而其所涉及的问题及具体招标过程又十分的繁复，项目的发起人一般无法单独胜任所有的工作。在这种情况下，包括财务、法律和技术三方面人员在内的咨询顾问便成为水务项目招标(或招商)活动中不可或缺的重要角色，甚至成为项目成败的关键所在。

在国内的水务项目中，咨询顾问的牵头方一般由专业的咨询公司担任。从项目实践来看，牵头顾问除负责传统的招标代理机构所必须完成的程序性工作之外，其工作重心常常在于充分协调有关各方之间的关系，调动一切可能调动的积极因素来促成项目的成功运作。良好的大局观、

合理的财务测算和出众的协调能力可谓牵头顾问三大致胜要素，缺一不可。

### 4.1 法律顾问的作用

概括而言，水务特许经营招投标项目中的法律顾问可分为招标方法律顾问和投标方法律顾问。我所基础设施组律师曾在不同的项目中分别担任过招标方和投标方顾问。

#### (1) 招标方法律顾问

在招标文件制作、评审及澄清谈判阶段，法律顾问和技术顾问将从各自的专业角度发挥不同的作用。不过对于一个拥有丰富项目经验的法律顾问来说，针对项目实施过程当中的法律事务发表意见常常只占其工作内容很小的一部分。在国内很多成功的水务项目当中，法律顾问都发挥了非常重要的作用，主要体现在以下几个方面：

- (a) 设计招标文件的结构并完成其主要内容的编制；
- (b) 对投标文件的法律方案(偏差意见)进行评估；
- (c) 在澄清谈判中全面负责协议条款的磋商或直接担任主谈；
- (d) 促成招投标双方达成一致并相应修改招标文件；
- (e) 负责招标过程中与法律有关的所有其他工作。

#### (2) 投标方法律顾问

和招标方法律顾问不同，投标人的法律顾问的工作主要集中在两个方面，一是制作投标文件项下的法律方案；二是参与澄清谈判并与招标方法律顾问共同编制项目协议的最终文本。

### 4.2 咨询顾问的禁区

尽管咨询顾问在水务项目招标中的作用不可替代，招标是否成功也是咨询顾问收取咨询费用的主要标准，但判断咨询顾问合格与否的第一标尺，还需要看其是否尊重和遵守法律及招标文件为项目招标设立的规则。对于水务项



目而言，以下两点应是咨询顾问为客户提供咨询服务所必须恪守的原则：

#### (1) 谨慎诚信原则

因角色关系，咨询顾问（特别是牵头顾问）常常会与项目相关各方（包括投标人）保持联系和沟通。在此过程中，对客户高度负责的态度以及明确的自我定位将是一个合格的咨询顾问所必须具备的条件。那些为促成项目完成而违背谨慎原则，进而忽略客户利益的做法显然是不可取的。而背离诚信原则，通过各类不正当的手法操纵招标结果更是咨询顾问不可涉足的禁区。

#### (2) 合理中立原则

尽管受聘于招标人，咨询顾问在招标过程中（特别是招标文件制作阶段）仍应充分发挥其专业和经验的优势，合理地设计项目结构并使之成为招标人所理解和接受，尽可能保证协议双方在权利和义务方面的平衡。在很多时候，咨询顾问还需要努力地摆脱立场限制，更多地站在投标人的角度上来思考问题，而不能顾而不问，一味迎合招标人的片面思维及据此提出的一些不合理或不专业的要求，做一个毫无原则的传声筒。因为这样做的后果不仅仅危及项目本身，而且对国内的水务市场也会产生扰乱作用，不利于市场整体的健康发展。

作为水务项目的运作枢纽，国内的咨询顾问需要改变的地方还有很多，但有一点应该是不变的，即有所为而有所不为。这既是其本分所在，也是其利益所需。





君合  
专业版

律师专论

# 创业投资企业的税收优惠

刘定发 君合律师事务所 上海分所

## 背景

1984年，中国开始探索促进创业投资的渠道。1999年，在全球新经济浪潮的推动和国内“科教兴国”战略的鼓舞下，中国曾掀起第一轮短暂的创业投资“热潮”。但是，由于缺乏必要的法律制度和政策扶持，加之受网络泡沫破灭的影响，创业投资业很快冷却下来。2001年到2004年的这段时期人们见证了创业投资机构数量和创业投资资本额的下降。

2005年11月15日，中国国务院下属的国家发展改革委员会和其他九部委联合发布了《创业投资企业管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)。《暂行办法》不仅给高新技术的创业投资提供了法律保护，而且为制定促进特定高新技术的创业投资的一系列配套政策提供了法律依据。

在这种背景下，财政部和国家税务总局(以下简称“税务总局”)联合下发了《关于促进创业投资企业发展有关税收政策的通知》(财税[2007]31号，以下简称《税收政策通知》)。毫无疑问，《税收政策通知》将对中国创业投资领域产生积极和深远的影响。

本文分析《税收政策通知》的规定，并讨论与创业投资相关的其它税收问题。

## 分析

《税收政策通知》为符合《暂行办法》条件的，主要从事创业投资的企业(以下简称“创业投资企业”)投资于未上市中小高新技术企业(以下简称“高新技术企业”)提供了税收优惠。

根据《暂行办法》第2条，创业投资企业是指在中华人民共和国境内注册设立的主要从事创业投资的企业组织；创业投资是指向创业企业进行股权投资，以期



所投资创业企业发育成熟或相对成熟后主要通过股权转让获得资本增值收益的投资方式。根据《暂行办法》，创业投资企业的经营范围应限定为：(i)创业投资业务；(ii)代理其他创业投资企业等机构或个人的创业投资业务；(iii)创业投资咨询业务；(iv)为创业企业提供创业管理服务业务；以及(v)作为发起人，设立创业投资企业和创业投资管理顾问机构。

根据《国家高新技术产业开发区高新技术企业认定条件和办法》和科技部公布的其它相关办法，如果某企业参与与以下产业之一有关的高新技术和最终产品的研发、生产或提供与之相关的服务，该企业可以被认定为高新技术企业：(i)电子信息技术；(ii)生物工程和医学或药学技术；(iii)新材料和应用材料技术；(iv)先进生产技术；(v)航空和航天技术；(vi)现代农业技术；(vii)新能源和高效节能技术；(viii)新环境保护技术；(ix)海洋工程技术；(x)核能应用技术；(xi)其它在传统产业基础上应用的新工艺、新技术。

根据《税收政策通知》，一家创业投资企业采取股权投资方式投资于高新技术企业并持有该投资至少2年，可按其对高新技术企业投资额的70%抵扣该创业投资企业的应纳税所得额(以下简称“创业投资抵扣”)，但是，创业投资企业必须同时满足以下条件：

(i) 创业投资企业的经营范围须符合《暂行办法》的规定(如上文所述)，且根据《暂行办法》工商登记为专门从事创业投资的企业，并且名称为“[ABC]创业投资有限责任公司”或“[XYZ]创业投资股份有限公司”<sup>1</sup>；

(ii) 创业投资企业所投资的高新技术企业职工人数不超过500人，年销售额不超过人民币2亿元，资产总额不超过人民币2亿元；以及

(iii) 创业投资企业根据《税收政策通知》申请投资抵扣应纳税所得额时，所投资的高新技术企业当年用于高新技术及其产品研究开发经费须占本企业销售额的5%或以上，技术性收入与高新技术产品销售收入的合计须占本企

业当年总收入的60%或以上。

《税收政策通知》同时规定，如果创业投资企业符合抵扣条件，但是当年的应纳税所得额不足抵扣的，可在以后纳税年度逐年继续抵扣。但是，《税收政策通知》没有规定创业投资抵扣必须抵扣完毕的期限。这似乎暗示创业投资企业可以无限期的逐年继续抵扣。

## 评论

首先，《税收政策通知》的制定是以现行的《中华人民共和国企业所得税暂行条例》还是《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》(以下统称“现行公司所得税法”)为依据并不特别明确。另外，新的《中华人民共和国企业所得税法》(以下简称《企业所得税法》)于2008年1月1日生效并取代现行公司所得税法后，创业投资企业享有的税收优惠是否会延续也不确定。但是，值得注意的是，《企业所得税法》第31条规定，创业投资企业从事国家需要重点扶持和鼓励的创业投资，可以按投资额的一定比例抵扣应纳税所得额。《企业所得税法》第31条的规定与《税收政策通知》下的税收优惠政策看起来是相吻合的。笔者认为2007年后财政部和税务总局很有可能继续允许创业投资企业根据《税收政策通知》的有关规定申请享受创业投资抵扣。

其次，根据中国的《合伙企业法》，《企业所得税法》和《个人所得税法》，有限责任创业投资合伙不再被要求缴纳企业所得税。取而代之的是，当合伙组织将其收入分配给股东和合伙人时，这些股东和合伙人(个人或有限责任公司)将被要求缴纳所得税。根据《暂行办法》的有关规定，股东和合伙人本身并无资格作为创业投资企业，因此他们不能享受创业投资抵扣的优惠。如果股东和合伙人为个人，他们将就其从合伙企业分到的收入缴纳20%的所得税；如果股东和合伙人为公司，它们将从合伙企业分到的收入缴纳33%(从2008年1月1日开始，为25%)的企业所得税。这些税务处理的实际作用是，鼓励通过境内实体进行投资

<sup>1</sup> 根据《税收政策通知》，在2005年11月15日《暂行办法》发布前完成工商登记的创业投资企业，其名称可不符合标准名称“[ABC]创业投资有限责任公司”或“[XYZ]创业投资股份有限公司”，但其经营范围须符合《暂行办法》的规定。

的风险投资者成立具有创业投资企业资格的有限责任公司(而不是非企业法人的创业投资企业),以从事对高新技术企业的投资。

再次,按照现行公司所得税法和《企业所得税法》的规定,从海外直接投资国内的外国风险投资机构在中国没有常设机构(或营业场所,但仅适用与没有双边税收协定的情形)的,需要缴纳预提所得税(而非按净所得缴纳企业所得税)。现在,根据中国和其它国家之间的双边税收协定以及中国国内的税收规定,对汇出的资本利得征收的预提所得税率已降为10%。《企业所得税法》将会对汇出的资本利得以及其它被动所得征收20%的预提税。然而,由于国际税收协定优于中国国内税法,对于来自那些与我国签订了税收协定的国家的风险投资者汇出的资本利得所征收的预提税仍然将维持在10%。甚至对于来自与中国没有签订税收协定的国家和地区的风险投资者来说,中国也可能会继续使用降低的预提税率(10%)以体现税收政策的一致性。对比将要按照10%的税率征收预提税的离岸风险投资者,创业投资企业的纯税负相对较低,而且在一般公司所得税于2008年1月1日后下降到25%后,其纯税负可能会更低。在现行的一般企业所得税率为33%的情况下,创业投资抵扣后,适用于创业投资企业的实际税率是9.9%。2008年1月1日起一般的企业所得税率降为25%后,创业投资抵扣后适用于创业投资企业的实际税率将会是7.5%。但是,在外商投资创业投资企业的情况下,除非中国继续现有对汇出股息的免税政策,2008年1月1日起外商投资者的总的税负会增加10%。

最后,根据现行公司所得税法,创业投资企业的公司股东在大多数情况下,不会被要求将其从创业投资企业收到的税后利润并入其应纳税所得中并就同一所得再次缴纳所得税<sup>2</sup>。这项公司之间税后利润分配的所得税的免除和税收抵免机制源于《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》(国税发[2000]118号)的规定,该机

制有效的消除了对同一所得因经济活动的不同而产生的双重征税:国税发[2000]118号文很有可能在《企业所得税法》实施后仍然有效。但是,按照《个人所得税法》,无论创业投资企业是否已就同一所得缴纳任何企业所得税,创业投资企业的自然人股东仍须就创业投资企业分配给他们的股息缴纳20%的所得税。这种双重征税无疑会打击个人投资创业投资企业的积极性。

## 结论

中国的税收制度仍处在变化之中。《企业所得税法》已于2007年3月16日颁布,但其实施细则还未公布。很多与《企业所得税法》执行有关的问题仍亟需财政部和/或税务总局通过实施细则或行文的形式加以明确。

《税收政策通知》是中国承诺促进中国的风险投资业发展的有力证明。然而,2008年1月1日《企业所得税法》生效后《税收政策通知》是否仍然有效,创业投资抵扣怎样有效地充当催化剂,以加速中国高新技术产业渴求的风险投资增长,这些问题仍然值得关注。



<sup>2</sup> 但是,在一个纯粹的中国的内资企业(“股东”),即一个没有任何外商投资的中国公司的情形下,如果其适用的企业所得税税率高于它所投资的创业投资企业适用的企业所得税税率,股东须将其从风险投资企业分到的税后利润还原为税前收益,然后并入其应纳税所得并缴纳企业所得税,但同时可以从该应纳税所得中扣除创业投资企业就其用于分派股息的相应的所得缴纳的企业所得税。见《国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税问题的通知》,国税发[2000]118号,2000年6月21日。



# 浅议破产法中的重整和管理人制度

武雷、韩琦



## 一、重整制度

重整制度的设立是我国破产法的一大突破,《破产法》第八章从第70条到94条以三节二十五条的篇幅对重整制度进行了规定,包括重整申请和期间、重整计划的制定和批准、重整计划的执行三部分。

### 1、重整制度的概念

重整一词是一个新创的汉语词组,在汉语字典当中是没有解释的。在现代汉语辞海中对“重”字和“整”字的意思做出了解释。

“重”字的意思是:表示动作行为的另行从头开始,相

当于重新;“整”字的意思是:使有秩序、有条理,如整顿,这两个字合起来的汉语语意就是:使有秩序、有条理地重新开始。

重整作为一项法律制度被规定在新的破产法当中,其法律概念是:

经利害关系人申请,在法院的主持和利害关系人的参与下,对已经具有破产原因,或有破产原因之虞而又有再建价值的债务人进行生产经营上的整顿和债权债务关系上的清理,以期使之摆脱经营和财务困境,重获经营和清偿能力的特殊法律程序。

上述法律概念重点强调了对债务人的整顿和拯救,使其摆脱困境,而这种整顿和拯救是在法院的主持下进行的,法院在重整过程当中一直处于主导地位。

依照新的破产法，重整程序的启动、重整计划的通过、重整计划的执行等程序的最终决定权或批准权都由法院行使。

## 2、重整制度的意义

重整制度作为一种再建型的债务清偿程序，将清理制度和企业拯救紧密地结合在一起。其主要意义在于，在保持债务人的法人资格，维持其经营的前提下，使其获得再生复兴的机会，摆脱困境，从而最大限度地保护债权人的利益和社会利益。

## 3、重整制度的特点及配套法律规定

重整制度作为我国破产法中的一项新制度，有其自身的特点。同新破产法中另外两大程序（即清算程序、和解程序）相比较，其特点可归纳如下：

其一，重整制度的目的是挽救濒临破产的债务人企业，通过对债务人的重整，使之避免解体，从而避免随之产生的社会动荡因素。为使重整制度的目的能更好的实现，与破产、和解申请条件相比，新破产法放宽了提起重整的条件。根据破产法第2条第2款之规定，如果企业法人有明显丧失清偿能力的可能的，可以依照本法规定进行重整。此处强调的是可能性，而可能性则完全凭借债权人或债务人主观的判断。也许此时债务人的经营活动还可以正常经营，但债务人为了避免其陷入困境，可以适用重整程序，从而使挽救企业的时机大大提前，将重整利害关系人可能受到的损失降到最低。

同时根据破产法第70条第2款之规定，债权人已申请债务人破产的，在法院受理破产申请后、宣告破产前，债务人或出资占债务人注册资本十分之一以上的出资人可向法院申请重整。区别于前款规定，在此种情况下，法律并未限制申请条件。

其二，重整程序的启动，使相关权利受到限制。根据新破产法第73条至第77条规定，在重整期间，公司管理

权、担保权设定、出资人收益权、高管人员股权转让及取回权都受到不同程度的限制，特别是根据破产法第75条之规定，在重整期间，对债务人特定财产享有的担保权暂停行使。这也是重整程序与破产法上的其他程序的重大不同之处，此种规定更利于重整目的的实现。

其三，重整计划的强制性，包括重整计划的强制批准和强制执行。根据破产法第87条第2款之规定，重整计划草案未获得各表决组一致通过时，如果符合法律规定的条件，法院可以直接以裁定的方式批准通过该重整计划。这就是重整计划的强制批准。而经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均具有约束力，各方当事人必须遵照执行。

## 二、管理制度

管理人是在企业进入破产程序以后，根据法院的指定而负责债务人企业财产的管理、处分、业务经营，以及破产方案的拟定和执行的专门机构或个人。管理人在大陆法国家通常被称为破产管理人，而在英美法国家则通常被称为破产受托人，它们都是指在破产程序中被依法指定或选任的，负责管理破产财产、处理破产事务的人。

新破产法第三章用了8个条文对管理人进行了集中规定，主要包含了管理人的产生方式、管理人的担当条件、管理人的职责及义务等内容。管理人对于整个破产程序而言，其重要性不言而喻，故除了第三章的规定外，与管理人相关的条款实际贯穿整个新破产法。这些条款在关于管理人对债务人财产权利的行使、接受债权申报、重整程序中的作用、清算程序中的作用、责任承担等方面都作了相应规定。同时，随着新破产法的出台，关于管理人方面的司法解释也相应出台，主要有两个，一是有关管理人指定的办法、二是有关管理人报酬计算的办法，这些司法解释的出台，使得管理人制度更具操作性，保障了其实施。

管理人制度作为新破产法引入的国际通行制度，与以往旧破产法律体系下的“清算组”制度相比，具有下列特点：



其一，产生的历史背景不同。“清算组”制度来源于我国的《企业破产法(试行)》，该法制订于1986年，由于受当时国家改革背景及计划经济体制的影响，该法存在着诸多问题，承担了一些不应有的社会职能，妨碍了其在债务人丧失清偿能力时公平解决债务关系的调整作用的发挥。“管理人”制度来源新破产法，该法是为适应市场经济体制建设与法制完善的需要，促进我国尽快融入世界经济贸易体系而制定的，统一的，市场经济模式的新破产法。

其二，选任方式及任职资格不同。关于选任方式，新破产法规定，“管理人由人民法院指定。债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请人民法院予以更换。”目前管理人的选任采用法院指定的方式，同时为了保障破产程序的顺利进行，保护全体债权人的利益，法律赋予债权人会议向法院申请更换管理人的权利。

关于任职资格，根据新破产法规定，担任管理人的主体可以是机构或个人，机构包括：有关部门、机构的人员组成的清算组；依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构。个人从已编入管理人名册的机构中具备相关专业知识和取得执业资格的人员中指定，并应当参加执业责任保险。而以往破产法律体系下清算组的构成主要由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定。此种成员组成方式在产生初期有虽其积极意义，但已不符合当今时代要求，故较理想的做法是优先从专业人员中指定。

新破产法中引入的管理人制度，体现了其对清算组制度的重大改革，也体现了我国新破产制度与国际破产制度的接轨。





# 市政公用事业特许经营权的招标和拍卖：一个经济学分析

孙速<sup>1</sup>



在中国，市政公用事业传统上一直由地方政府通过其所属的国营企业直接提供，并对价格进行直接管制。近些年来，市政公用事业通过特许经营的方式开始私有化。首先，建设部通过近几年发布的多个办法和意见，大力推进市政公用事业的私有化改革。其次，多个省、市、自治区先后出台了市政公用事业特许经营的地方性法规，并根据各地的实际情况开始试点实行。<sup>2</sup>本文拟对公用事业特许经营的经济学基础做一简要的介绍和分析。<sup>3</sup>

## 一、公用事业的政策目标和最优价格的决定

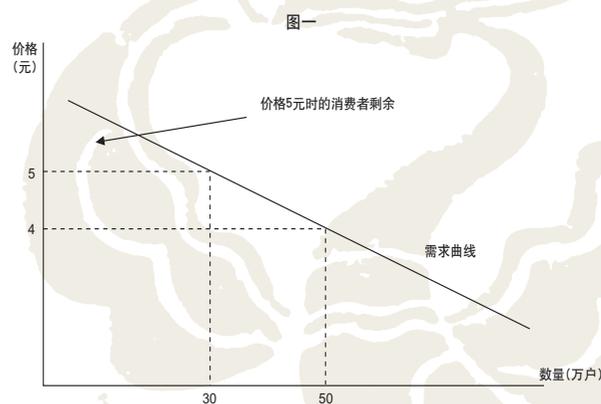
公用事业是为本地居民服务，其政策目标中一个重要的组成部份应该是本地消费者利益。但消费者利益不是唯一的目标，否则公用事业就应该免费提供。显然，公用事业的政策目标中还应包括生产者或提供者的利益。从经济学角度来看，公共政策的目标应该是使得社会福利最大化，而社会福利是消费者利益和生产者利益之和。

我们需要将社会福利这样一个抽象的概念具体化，然后才能讨论如何选择最优的公共政策，以使得社会福利最大化。也就是说，我们需要一个分析框架，将消费者利益和生产者利益具体化，并且把它们和政策变量，例如价格，直接联系在一起。为此，我们先引入消费者剩余的概念。

我们知道，在价格-数量坐标系中，商品或服务的需求曲线在一般情况下是向下倾斜的(见图一)。也就是说，商品价格越低，对其需求量越大。事实上，需求曲线代表的是消费者为消费某一商品或服务愿意付出的价格。假设某项公用事业，比如城市生活垃圾处理服务，当价格是每月五元钱时，只有三十万户愿意在这个价格上购买这项服务。<sup>4</sup>若降价到四元钱，就会有五十万户愿意购买。对于原来那三十万户而言，他

1 作者是美国经济咨询公司Economists Incorporated的高级经济师。本文只代表作者本人观点，不代表作者所在公司观点。  
2 关于我国特许经营制度的发展和相关的法律问题，详见董潇，“市政公用事业特许经营若干法律问题初探”，《君合》专业版2006年第2期57-61。  
3 详细的分析参见W. Kip Viscusi, John M. Vernon and Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, third edition, 2000, the MIT Press, 第13章。  
4 这里假设居民对此服务的参加是自愿而非强制性的。

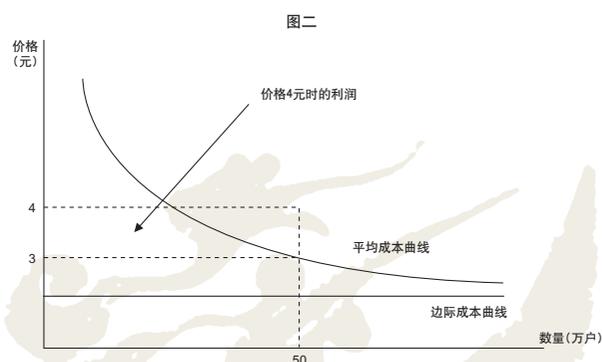
们每户省了一块钱。那么他们三十万户就一共省了三万块钱。我们说他们三十万户的“消费者剩余”一共增加了三十万元。其余二十万户在价格为五元时消费者剩余为零，因为他们没有买。这说明对他们而言，此一服务不值五元。所以，他们愿意付出的价格在五元之下。现在价格降了一元，他们买了，说明他们愿意付出的价格在四元以上。对这二十万户来说，他们每人的消费者剩余的增加在零到一元之间。对于任何一个市场价格，在此价格之上、需求曲线之下的面积就是消费者剩余。它是消费者愿意付的价格高于实际付出价格的部份。显然，在其它因素(如质量)一定的情况下，实际付出价格越低，消费者剩余越大，消费者越满意。



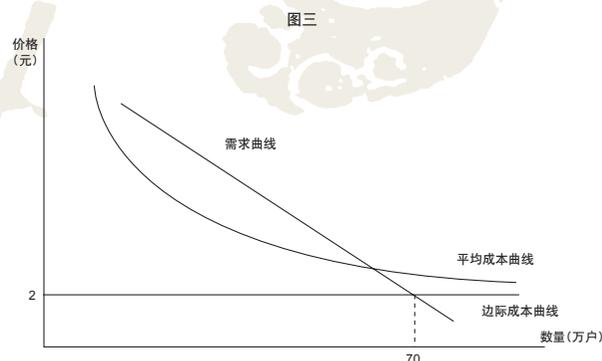
接下来我们将生产者利益具体化。与消费者剩余对称的概念是生产者剩余，或简单地称为利润，也就是厂商的总收入减去总成本。公用事业的最大特征是其自然垄断的属性。它往往需要相当的固定成本投资，而随后的可变成本相对较小。消费者越多，固定成本就越容易分散到更多的人头上。在经济学中，厂家为生产更多一个单位的产品或服务而额外付出的成本叫做边际成本，它反映的是可变成本随产量增加而增加的幅度。假如边际成本不随产量多少而变化，也就是说可变成本随产量增加而稳定增加，<sup>5</sup>那么显然平均总成本随产量增加而减少，因为平均固定成本随产量增加而减少(见图二)。如果当价格为四元时，有五十万户购买此服务，而厂家

<sup>5</sup> 在此情况下，平均可变成本等于边际成本。

服务五十万户的平均成本是每户三元，它的利润是每户一元，一共是五十万元。由于自然垄断的规模经济特征，公用事业产品或服务由少数甚至单独一家厂商提供往往最能减少生产成本。



现在我们可以来看看使得社会福利最大的价格是多少。图三将图一和图二结合到一起。经济学中的一个最重要的理论就是，当价格等于边际成本时，社会福利得到最大化。如果价格高于边际成本，就说明此时消费者为消费更多的产品或服务所愿意付出的价格高过提供这一产品或服务所需的额外成本。从整体社会福利考虑，应该提供更多的这一产品或服务。反之，如果价格低于边际成本，就说明此时提供这一产品或服务所需的额外成本已经超过了消费者认为此产品或服务所具有的价值。从整体社会福利考虑，已经过多地提供了此一产品或服务，造成了浪费，应该减少现在提供的数量。因此，只有当价格等于边际成本时，资源配置才是最优的，社会福利才是最大的。在我们的例子中，图三显示此时的价格是二元，有七十万户购买。



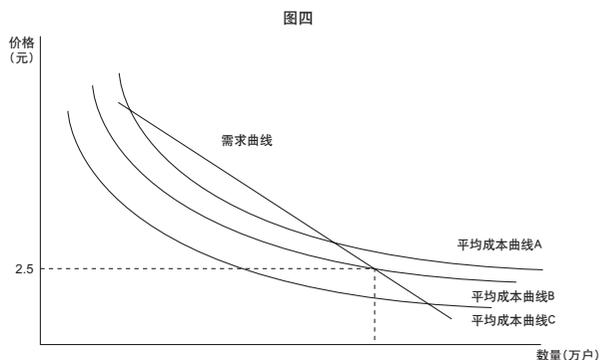
## 二、对公用事业特许经营权的招标和拍卖

由上可见，如果公共政策的目标是使得社会福利最大的话，政府应努力使市政公用事业的价格等于其边际成本。具体的政策选择首先是可以由政府通过其所属的国营企业直接提供。这在中国是一种普遍形式，其它许多国家也有类似选择。即便在私有经济成分相当高的美国，也有一些地方政府直接提供本地居民的通常是小规模的公用事业服务，比如配电。在欧洲由公共企业提供此类服务则更加普遍。但由政府直接提供公用事业服务有其明显的问题，包括由于缺乏有效的激励机制而产生的效率低下，创新不够。虽然表面上看不以利润最大为目标的政府所属企业更容易将价格设在边际成本，但如果边际成本由于效率低下而变得很高，价格还是会很高，而且质量也常常不尽如人意，显然社会福利不可能得到最大化。而政企合一造成的垄断又使得不论是政府还是企业许多时候难以抗拒变相收取高价以获得垄断利润的诱惑。另一种更常见的选择是公用事业由私人企业提供，但政府对价格直接控制，以避免垄断价格的出现。比如在美国，电力、燃气和电话服务基本由私营企业提供，政府对其价格严格监管。政府管制也存在各种问题。除了由于价格管制导致的激励不足问题之外，为了找到需求曲线和边际成本的交会点，政府必须既要了解市场需求，又要了解私营企业的生产运作，这种信息上的要求对政府来说恐怕过高。另外，为此设立的监管机构不但增加了官僚体制运作的成本，而且监管机构也可能被它所监管的行业所“俘获”，失去监管的意义。<sup>6</sup>

由于政府的价格管制也存在各种各样的问题，经济学家开始质疑管制的必要性，并探索其它的解决办法。通过招标的方式授予公用事业特许经营权，这一办法先是从理论上脱颖而出，<sup>7</sup>随后很快付诸实践，如对闭路电视特

经营权和手机波段的拍卖。

图三中的成本曲线是一家投标厂商的，在图四中我们加入另两个厂商的平均成本曲线。这三个厂商A、B和C的生产成本高低不同。虽然现实中对特许经营权的拍卖要复杂得多，但理论上可以简化为地方政府要求参加竞标的厂商在达到质量要求的前提下提出它们计划对其提供的服务收取的价格，竞价最低的厂商获得特许经营权。在图四中，厂商C生产成本最低，其次是厂商B。由于厂商B不可能竞价低于2.5元，否则其平均成本将高于其定价而导致亏损，所以厂商C只需竞价2.5元或略低，即可赢得特许经营权，并可享受一定的超额利润。



同政府价格管制相比，拍卖特许经营权不需要政府了解市场的需求或厂商的成本，只要保证厂商之间充分竞争，<sup>8</sup>赢得特许经营权的厂商就会是最有效率的厂商，且对消费者收取最低的价格。当然，2.5元仍高于厂商C的平均成本，似嫌过高。不过这是因为只有三家厂商竞标。如果竞标的厂商更多，有的厂商的平均成本曲线可能更接近厂商C的平均成本曲线，厂商C要想中标就需要竞价更低，以至接近其平均成本，利润接近为零。<sup>9</sup>若要有更多的厂商参与竞标，就要开放本地市场，消除地域封锁和歧视性政策。

即便最终中标的厂商定价等于其平均成本，这一价格

6 关于公共企业直接提供和政府管制的各种问题，详见W. Kip Viscusi, John M. Vernon and Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, third edition, 2000, the MIT Press, 第10-12和第14-15章。

7 最先系统地提出通过招标授予特许经营权理论的是Harold Demsetz, "Why Regulate Utilities?" 11 *Journal of Law and Economics*, April 1968, 55-65。

8 确保竞标过程的公平、公正和投标者之间真正的竞争，是另外的话题。我国有多个相关法律法规，对此做出规定。正在人大常委会审议的反垄断法草案也对合谋串标做出禁止的规定。

9 由于平均成本中已经包括资本和劳力的价格，利润为零实际上是说厂商只享受正常利润，超额利润为零。

仍非最优。从图三我们看到，使得社会福利最大的价格应该等于厂商的边际成本，而当厂商C的价格等于其平均成本时，它仍高于其边际成本。当然，我们不能期待厂商C定价等于边际成本而造成亏损。一个解决办法是允许厂商在竞标时提出两个价格：一个是单价，另一个是固定收费，也就是所谓的非线性定价。然后看谁的总收费导致最大的消费者剩余。这里的计算稍微复杂一些，不过可以证明，在非线性定价的情况下，厂商在竞价时的最佳策略是将单价降至其边际成本，而通过固定收费获取对低价损失的补偿。这种拍卖机制最终使得成本最低的厂商C仍然中标，而其定价等于其边际成本，此时该服务的购买量高于价格等于平均成本时的需求，社会福利最大。值得注意的是，这一拍卖机制的结果虽然理想，但它要求政府清楚地了解市场需求曲线，从而能够计算和比较各个厂商的非线性定价所导致的消费者剩余。这种对政府的信息要求的增加使得拍卖特许经营权相对政府管制的优势打了些折扣。不过，政府仍然不需知道厂商的生产成本。事实上厂商在竞标的过程中主动地将其边际成本以单价的形式透露出来。

许多时候，如果固定成本不是很大(如城市生活垃圾处理)，而公用事业的经营规模很大，使得平均成本非常接近边际成本，这时使用平均成本招标的办法结果接近非线性价格的招标办法，又不需要政府了解市场需求，可能比非线性价格的招标办法更为实际可行。

### 三、政府对特许经营权收取的使用费

我国的地方性法规中常常要求特许经营者交纳特许经营权的使用费。有的以固定数额计征，有的以特许权人的利润的固定比例计征。<sup>10</sup>撇开这种使用费是否有法律依据不谈，这里仅从经济学的角度分析其对社会福利和最优定价的影响。<sup>11</sup>

我们先来看看政府不允许投标人对公用事业服务使用非线性定价、投标人只能根据自己和他人的平均成本作单一价格的投标这种情况。以固定数额计征的特许权使用费

相当于增加了投标人的固定成本，从而增加了平均成本，这将导致投标人相应地提高竞价，最终导致中标价格升高，对此项服务的需求减少，导致消费者剩余的减少。而这种损失超过政府收到的特许权使用费，最终整体社会福利减少。

以利润的固定比例计征的特许权使用费的影响取决于利润的定义。经济学中的利润已经刨除所有生产要素的成本，包括资本的机会成本。对这种意义上的利润征收一定比例的特许权使用费，等于对厂商的利润变相征税，但对投标厂商的竞价在原则上无丝毫影响。厂商的目的就是利润最大化。至于是使其百分之五十的利润最大化，还是使其百分之七十的利润最大化，对其定价和其它决策没有影响。会计上的利润定义一般包含资本的机会成本。在这种情况下，特许权使用费的征收等于部分地对资本价格征税，会抬高平均成本，导致价格上升，消费者剩余和整体社会福利减少。

我们再来看看投标以非线性定价的方式进行的情况。以固定数额计征的特许权使用费会增加厂商的固定收费，但不会影响基于边际成本的价格，而只是从消费者到厂商再到政府的一种转移支付，只要这笔钱没有被政府挥霍浪费，就不会影响整体社会福利。

对经济学意义上的利润按固定比例计征的特许权使用费同样不会影响设在边际成本的价格。对包含资本成本的利润按比例征收的特许权使用费也不太可能影响最优定价和整体福利。只要包含在会计利润中的成本是固定成本，边际成本就不受影响，公用事业服务的最优定价也就没有被扭曲，特许权使用费就只是一种转移支付。

### 四、特许经营协议续签的问题

中标的厂商要与地方政府签订特许经营协议。协议的内容会有很多，其中一个主要问题是协议的期限。短期协议的好处在于其确定性和简单性，比较容易覆盖各个细节。协议到期后政府又可重新招标，寻找更有效率、成本

<sup>10</sup> 见董潇，“市政公用事业特许经营若干法律问题初探”，《〈君合〉专业版2006年第2期》，第81页。

<sup>11</sup> 由于政府角色的介入，这里的整体社会福利是消费者剩余，企业利润和政府收入之和。



更低的厂商。短期协议的主要问题是重新招标时，前期中标的厂商更有优势。这种优势不仅是对业务的了解和对市场的熟悉，更主要的是不需再次进行固定成本的投资。新加入投标的厂商即便生产效率更高，平均成本更低，也可能竞争不过前期中标者，因为前期中标者不需考虑已投入的固定成本。在存在成本更低的竞标人的情况下，从社会福利的角度看，与前期中标者续约不是最佳选择。理想的办法是，通过某种方式将前期中标者的固定投资转移至更有效率的竞标者手里。这可以通过在政府主持下以某种公平的方式进行，更有效的也许是由两个投标者自己通过谈判解决这个问题。虽然资产的出售是件复杂的事情，但这样做的结果使得社会福利增加，双方都可以分到一块更大的馅饼，只是谁更多一点谁更少一点的问题，因此通常能够通过双方谈判得到解决。

短期协议的另一个问题是中标人知道其合同到期时有可能得不到续签，因此没有足够的动力去进行长期投资。在这一点上，长期协议有很大优势。但即便是长期协议，随着协议临近到期，中标的厂商也存在减少投资的动机。经济学中的交易成本理论表明，这种逐渐减少投资的行为有两个必要条件：一是投资是专门针对此项目的，项目到期后投资成果难以转移他用或出售。二是投资是观察不到和难以证实的。比如一项对法国几千个城市的居民用水系统的特许经营的研究就发现，中标厂商的投资随合同期限临近而递减。<sup>12</sup>显然，对城市输水管道系统的投资一旦合同结束很难带走作为他用，有兴趣购买者也寥寥无几。这种投资越到合同后期风险越大。由于整个系统埋在地下，难以检查，而对系统维护的投资也常常难以准确核实，私人厂商也就没有动力去做这些投资。那么地方政府怎样应对这种情况呢？作者发现，市政府通常的办法是在合同进入后期时开始自己追加公共投资，以补私人投资的不足。有的经济学家甚至建议，在本期合同结束后的下一期竞标中，应向原来的中标人倾斜。当然，这种对连续性合同的偏爱和对新的竞标者的歧视也有其自身问题(如我们上面

提到的效率问题)，许多时候甚至是法律明文禁止的。

长期协议的另外一个主要问题在于其不确定性。市场上的需求，厂商的成本，行业中的技术，都可能在不断变化着，从而使得当初的标价过高或过低。时间越长，变化的可能性就越大。所有这些变化不可能在签订协议之初就准确无误地预测到。长期合同一般都是不完全合同，为日后的不可预知的变化预留重新谈判的余地。这种重新谈判的可能使得中标人有可能在签订协议之后借口需求降低或成本升高而要求提高价格。政府为避免再次招标的麻烦可能会作一定程度的让步。当然，中标人的这种动机也是受到限制的。政府对不合理的要求可能会做出惩罚性的反应，甚至终止协议。中标人也不想留下不好的名声，毕竟以后还要在其它地方或领域竞标。另一方面，地方政府也可能产生类似的动机，在合同开始后要求中标人降价，或不同意价格随通货膨胀而合理调整。而中标人在已经投入大量的固定成本后，可能被迫接受新的条件。当然，地方政府同样也要考虑到自身信誉问题，以免在以后招标中遇到困难。

## 五、结语

市政公用事业的目标应该是社会整体福利的最大化。市政公用事业的运作有三种主要方式：政府通过国有企业直接提供；政府对私人企业提供实行价格管制；政府对特许经营权实行招标和拍卖。这三种方式都各有利弊，而特许经营权的拍卖是三者之间最新的思路，在一个理想的经济模型中这种机制的设计有其明显的优势。当然现实生活要比一个简化的模型复杂得多，特别是在我国，授予市政公用事业特许经营权的方式不止于招标这一种途径，即便是招投标，在各地也会有不同的表现方式，价格显然也不是唯一的标准。而目前的相关法律尚有许多不明确的地方。本文简要介绍了以招标方式授予公用事业特许经营权的经济学基础，提供了一个分析框架，算是对目前这一领域的法律讨论作一点补充。

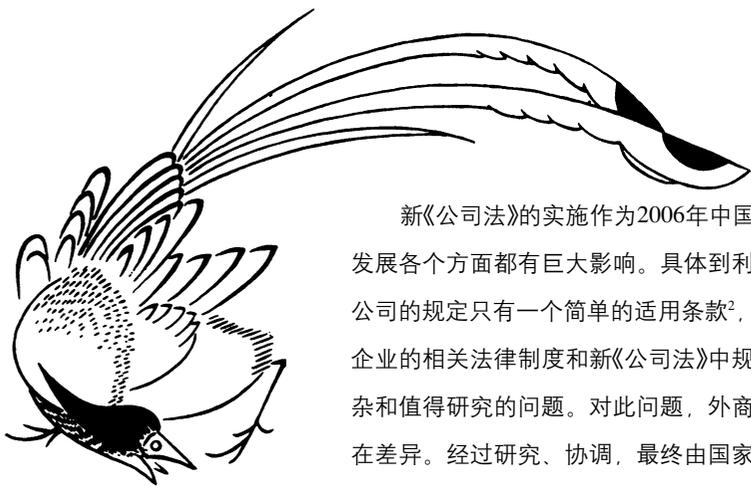


<sup>12</sup> 见Eshien Chong and Freddy Huet, "Public-Private Partnerships and Investment's Incentives: The Case of the French Water Industry," [http://esnie.u-paris10.fr/pdf/st\\_2007/huet\\_papier.pdf](http://esnie.u-paris10.fr/pdf/st_2007/huet_papier.pdf).

# 新《公司法》对外商投资公司的适用若干问题研究<sup>1</sup>

——从外资审批角度考察《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》

李明



新《公司法》的实施作为2006年中国市场经济运行过程中的一件大事，对社会经济发展各个方面都有巨大影响。具体到利用外资领域，尽管新《公司法》关于外商投资公司的规定只有一个简单的适用条款<sup>2</sup>，但是对于该适用条款应当如何理解、外商投资企业的相关法律制度和新《公司法》中规定的制度又应当如何协调和适用，却是非常复杂和值得研究的问题。对此问题，外商投资企业的审批和登记等管理部门的理解也存在差异。经过研究、协调，最终由国家工商总局牵头，会同商务部、海关总署、国家外汇管理局于2006年4月24日联合发布了《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》（以下简称《执行意见》），对新《公司法》修改引起的外商投资公司审批与登记中的部分问题做出了明确规定。以下笔者将试图从理论和实践两方面对《执行意见》中涉及外商投资公司的审批的问题进行分析，并对相关制度安排加以评述，希望能够抛砖引玉。

## 一、外商投资公司审批的法律适用总原则

### （一）《执行意见》的相关规定和背景

从文字意思来理解，《执行意见》第一条<sup>3</sup>仅从登记管理的角度对《公司法》与外商投资法律法规适用原则做出了规定，但并未规定该原则也适用于外商投资公司的审批，而《执行意见》的名称中却包含了审批和登记两个部分，这应该与《执行意见》的出台背

1 本文内容纯属个人观点，不代表所在单位意见。

2 新《公司法》第218条规定：外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法；有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定。

3 《执行意见》第1条规定：外商投资的公司登记管理适用《公司法》和《公司登记管理条例》；有关外商投资企业的法律另有规定的，适用其规定；《公司法》、《公司登记管理条例》、有关外商投资企业的法律没有规定的，适用有关外商投资企业的行政法规、国务院决定和国家有关外商投资的其他规定。

景有关。

在新《公司法》颁布后，商务部立即开始了对相关规定的修改工作，如《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》、《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》、《关于外商投资企业合并与分立的规定》等，采取的是通过修改旧规定实现与新《公司法》对接的模式；而国家工商总局则在酝酿《执行意见》的出台，意图通过出台新规定来明确新《公司法》对外商投资公司的适用问题。由于外商投资公司的审批和登记制度分处于公司设立过程的上下游，登记制度和审批制度必须相互协调和配合，因此，国家工商总局草拟完《执行意见》后发文征求商务部的意见，商务部则在研究后将新《公司法》颁布后如何执行外商投资公司审批制度的内容加入了《执行意见》，并成为该意见的联发单位。由于《执行意见》的最初起草者是国家工商总局，起草的本意是为了解决公司登记问题，因此尽管最终颁布的《执行意见》名为“审批登记管理法律适用”，但其中关于登记的条款相对多于关于审批的条款。这应该也是《执行意见》第一条条文虽为总体适用原则，却只规定了公司登记，而未提及公司审批适用法律的原则的原因。同时，这种情况的出现也似乎能反映出审批部门对于该条法律适用原则规定的微妙态度。

## （二）新《公司法》颁布后外商投资公司审批的法律适用原则

关于《公司法》对外商投资公司的适用，原公司法第十八条规定：外商投资的有限责任公司适用本法，有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的，适用其规定。修改后的《公司法》第二百一十八条规定：外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法；有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定。

对比修改前后的适用原则，唯一的实质性修改就是将外商投资的股份有限公司也纳入《公司法》的适用范围，而外商投资企业法律法规和《公司法》适用的先后顺序则没有任何改变，仍是优先适用有关外商投资的法律。因此，从《公司法》修改前后的文字表述来看，除了股份有限公司的

法律适用外，《公司法》与外商投资企业法律体系中的各层法律法规间的关系应当保持不变。

理论上，对外商投资公司的法律适用顺序应当是：外商投资的法律——《公司法》——外商投资的行政法规、规章和规范性文件。但是，由于我国在利用外资领域已经形成了一套比较完善的审批制度，同时外资准入又涉及国家产业政策等多种因素，因此实践中外商投资审批的法律适用并非如此简单。比如：此次《公司法》所增加的“外商投资的股份有限公司也适用《公司法》”的规定，就不能机械的理解为：既然外商投资的法律对股份有限公司的设立没有规定，就可以适用《公司法》，进而认为外商设立股份有限公司也可以像国内主体设立股份有限公司一样直接向公司登记机关申请设立登记即可。这种理解已经为实践所否定，因为外商投资股份有限公司在设立时仍然要获得外资审批部门批准后才能去登记。此种规定的合理性主要体现在以下两方面：

一方面，外商投资股份有限公司也是利用外资的一种形式，不能违反我国对外国投资者准入的产业政策。如果外国投资者设立有限责任公司需要依据外商投资企业法律进行严格审批，而股份有限公司则按《公司法》登记即可，外国投资者就可能通过选择设立股份有限公司的方式来规避产业政策等方面的审查，这显然不是《公司法》修改者的立法本意；

另一方面，笔者认为，《公司法》对于股份有限公司的规定主要是在组织形式等方面，对于外商投资股份有限公司的审批则没有规定，因此其审批应适用处于《公司法》位阶之下的关于外商投资的行政法规、规章和规范性文件，即外经贸部1995年颁布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》。因此，设立外商投资股份有限公司仍需要审批是符合新《公司法》第二百一十八条规定的。

由此可见，外商投资审批制度与《公司法》适用之间的关系非常复杂，很多情况下需要具体问题具体分析，不然很可能造成对法律的误解，从而导致决策上的被动和方案设计的失败。

## 二、外资企业与一人公司制度

### （一）新《公司法》颁布前后的一人公司法律地位。

在外商投资领域，1986年颁布的《外资企业法》允许设立外商独资的一人公司，实践中也已经设立了大量的外商投资的一人公司。因此，外商投资的一人公司在新《公司法》颁布前就已经取得了合法地位。

对于非外商投资公司而言，根据原《公司法》，除了国有独资公司（原《公司法》第二章第三节）这种特殊形式的一人公司外，有限责任公司的股东必须是“二个以上”（原《公司法》第二十条），因此设立非国有的一人公司在《公司法》修改前是不允许的。新的《公司法》在保留原国有独资公司相关规定（新《公司法》第二章第四节）的基础上，删去了有限责任公司股东必须是“二个以上”的要求（新《公司法》第二十四条），并增加了“一人有限责任公司的特别规定”（新《公司法》第二章第三节），明确了非国有非外资一人有限责任公司的法律地位。

### （二）新《公司法》一人公司制度对外商独资公司的适用。

新《公司法》除了明确了一人公司的法律地位外，为了保障债权人等相关方的权利，还规定了一些配套制度，比如一人公司的最低注册资本（10万元人民币）和缴纳方式（一次缴足）、自然人设立一人公司数量限制、自然人设立的一人公司对外投资限制等制度。那么，这些制度是否同样适用于同为一人公司的外资企业呢？

在《执行意见》出台前，外资公司和外商独资公司基本作为同一概念使用。而外资公司的本质是所有投资者均为外国投资者，既包括一个外国投资者设立的公司，即一人公司，也包括两个以上的外国投资者共同设立的公司。为了明确新《公司法》对外资公司中一人公司的适用原则，《执行意见》第二条第一款将“外资公司”区分为“外商合资公司”和“外商独资公司”，并在第二条第二款中规定了适用原则，即新《公司法》中一人公司最低注册资本限制和自然人设立的一人公司对

外投资限制也适用于外商独资公司。该规定所产生的实际效果是：

1. 外国投资者自2006年1月1日起将不能再设立注册资本低于10万元人民币的一人公司；

2. 外国自然人在中国设立的一人公司不能在中国境内再设立新的一人公司。

对于这两方面新增的限制，审批部门分析认为，由于外国投资者设立注册资本低于10万元的外资公司数量很少，故规定最低注册资本限制对于中国利用外资工作影响很小；而新《公司法》实施前，外商独资公司作为中国法人，本来就不能投资设立一人公司，因此规定一人公司对外投资限制也不会影响外国投资者的原有权益。基于此，审批部门接受了《执行意见》对一人公司这两方面的限制。

在立法的过程中，关于新《公司法》的一人公司制度如何适用于外商独资企业的问题，最初的草案除了上述两方面限制外，还规定了外国自然人设立一人公司的数量限制（一个外国自然人只能投资设立一个一人公司）。对于该限制，审批部门分析认为，鉴于外国自然人在华设立多家独资公司的情况比较普遍，如果规定外国自然人设立一人公司的数量限制，将对中国利用外资工作造成很大影响。为了避免国际上对我国外资环境的负面评价，维持利用外资法律政策的稳定性，在审批部门的坚持下，《执行意见》删除了外国自然人设立一人公司的数量限制。也就是说，目前中国自然人只能投资设立一个一人公司，而外国自然人则没有这种限制。

对于新《公司法》规定的一人公司注册资本一次缴足的制度，同样是出于维持利用外资法律政策稳定性的考虑，基本保持了原外商投资企业的出资制度，即仍允许分期缴付（《执行意见》第九条）。

由此可见，《执行意见》在制定新《公司法》一人公司制度对外商独资公司的适用原则时，充分考虑了原有的外商独资公司法律制度，基本上维持了利用外资法律政策的稳定性。

### 三、外商投资公司的组织结构

#### (一)《执行意见》实施前的审批实践

我国的三资企业法出现的比《公司法》早<sup>4</sup>，而《公司法》的制度设计是吸收了国外公司法理论和实践经验，并参考了三资企业法的立法实践发展创新而成的，其所规定的公司组织结构也与三资企业法的规定不尽相同：《公司法》规定的公司组织机构一般包括股东会、董事会、监事会三部分，而《中外合资经营企业法》和《中外合作经营企业法》则规定董事会或联合管理机构是“决定企业重大问题”的机构，而这两部法律的实施条例/细则进一步明确了董事会或联合管理机构是企业的“最高权力机构”，《外资企业法》及其实施细则没有关于外资企业组织机构的规定。这表明，至少中外合资经营企业和中外合作经营企业是不设股东会的。同时，三资企业法也都没有提及是否要设监事会。

在审批实践中，对外商投资企业组织机构设置的理解也有个发展变化的过程：

1、《公司法》颁布以前，外商投资企业的审批实践中，中外合资经营企业和中外合作经营企业依法只应设董事会或者联合管理机构，不设股东会和监事会，而外资企业则应参照中外合资企业和中外合作企业的规定办理，也不设股东会和监事会；

2、1993年颁布的《公司法》(以下简称“1993年《公司法》”)并未影响上述审批实践；

3、到了2003年左右，随着中国经济的高速发展，外资进入的速度进一步加快，外国投资者多元化的需求使越来越多的投资者申请要求依照《公司法》建立具有股东会、董事会、监事会结构的外资企业。审批部门通过论证认为，由于《外资企业法》及其实施细则并未明确规定外资企业的组织结构，因此应当允许设立具有股东会、董事会和监事会的外资公司，但同时也应当保留原有做法，仍允许设立只设置董事会或联合管理机构的外资企业，为外国投

资者提供了更大的选择权。

以上是关于外商投资有限责任公司的审批实践，关于外商投资股份有限公司，在1993年《公司法》颁布之前，允许设立外商投资股份有限公司的条件并不成熟。1993年《公司法》对股份有限公司的组织机构进行了详尽的规定，使股份有限公司成为市场经济的重要主体。为了配合1993年《公司法》，进一步扩大改革开放，对外贸易经济合作部于1995年研究出台了《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，规定了对外国投资者设立股份有限公司的审批程序。该规定虽然未明确规定外商投资股份有限公司的组织机构，但审批实践表明，外商投资股份有限公司应严格依照《公司法》有关规定设置股东会、董事会和监事会。

由此可见，在1993年《公司法》颁布后，《执行意见》出台前，中外合资、中外合作经营企业只设董事会或联合管理机构，不设股东会和监事会；外资企业可以选择按照《公司法》规定设置组织机构，也可以参照中外合资经营企业和中外合作经营企业的做法只设董事会或联合管理机构；外商投资股份有限公司则应按照《公司法》股份有限公司的规定设置组织机构。

#### (二)《执行意见》的相关规定及理解

《执行意见》第三条对于外商投资公司的组织机构做出了规定。根据该规定，中外合资、中外合作的有限责任公司的董事会是公司的权力机构，外资公司和外商投资股份有限公司按《公司法》设置组织机构。

该条规定与以前的审批实践大体上相同，但也存在以下值得商榷的地方：

1、根据《中外合作经营企业法》，其决定企业重大问题的机构是董事会或者联合管理机构，而《执行意见》第三条仅仅规定董事会是公司的权力机构，遗漏了“联合管理机构”作为中外合作经营企业权力机构的情况。对此，审批中不应否定“联合管理机构”这种中外合作经营企业的权

<sup>4</sup> 本文依照惯例将《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》简称为“三资企业法”，其颁布时间分别为：1979年，1988年和1986年，而原《公司法》1993年颁布。

力机构形式。

2. 根据《执行意见》的规定，中外合资、中外合作有限责任公司的权力机构是董事会，因此不会设置《公司法》中规定的股东会。但是《执行意见》并未明确规定这两种公司是否要设置监事会。对此，笔者认为，对这两种公司不宜强制要求其设立监事会，原因是：

按照公司法的理论，在公司所有权和经营权分离的情况下，作为企业所有权者的股东，由于不具备经营企业的能力或者时间，需要将企业的经营权交给专业管理人员来行使，从而形成一种私法上的委托代理关系。为了防止这些专业管理人员（即公司中的董事、经理）出于自己的利益考虑而滥用决策权力给股东造成损失，又需要对他们进行约束和监督，以减少代理成本和控制代理风险，公司的监事会制度应运而生。监事会的主要功能是代表股东行使对公司董事会和经理的监督权，以保护股东利益，减少代理成本。因此，《公司法》规定监事会成员由公司股东会选举和更换（职工代表监事除外），并对董事和高管人员进行监督，并向股东会报告。

对于中外合资、中外合作公司而言，由于不存在股东会，其最高权力机构即是董事会或者联合管理机构，监事会无法通过股东会选定，很难想象董事会选出的监事会对董事会行使有效的监督。即使投资者在章程或合同中事先约定监事会成员，由于没有定期召开股东会的机制，监事会也无法正常工作。因此，对于中外合资、中外合作的公司而言，没有股东会这一现实情况决定了强制要求其设立监事会并不能产生监督董事会的预期效果，只能增加企业成本。

此外，从立法沿革分析，三资企业法的颁布早于《公司法》，相关制度在长期的发展中已自成体系，并被多年实践证明是相对完善的制度；而《公司法》晚于三资企业法出现，其主要目的是为了规范内资公司的设立和管理，并未充分考虑三资企业的特殊情况，因此不能机械套用其中的法律适用规定，使中外合资、中外合作公司的组织机构成为一个四不象，降低企业效率。

3. 关于外资公司是否必须采用《公司法》规定的组织

结构的问题，笔者认为，既然《公司法》修改前后外资企业的适用规则并未改变，因此，审批中也应继续坚持以往做法，即外资公司是依照《公司法》还是《中外合资经营企业法》来设置组织机构，应当由外国投资者来选择，这样可以提高外国投资者对中国法律稳定性的预期，更利于吸引外资。因此，建议审批机关对这个问题持灵活的态度。

#### 四、外商投资公司的出资期限制度

##### （一）《执行意见》实施前的外商投资公司出资期限制度。

###### 1. 外商投资有限责任公司

《执行意见》实施前，关于外商投资有限责任公司出资期限主要规定在《关于中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》（1988年）及其补充规定（1997年）、《国家工商行政管理局，对外贸易经济合作部关于进一步加强外商投资企业审批和登记管理有关问题的通知》（1994年）、《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》（2002年）等法律文件中。根据上述规定，外商投资的有限责任公司的出资期限按外资所占比例分为两类：

（1）外资比例低于25%的，缴资期限比较严格，不能分期出资。投资者以现金出资的，应自企业领取营业执照之日起三个月内缴清全部出资；以实物、工业产权等出资的，应自企业领取营业执照之日起六个月内缴清出资；

（2）外资比例高于25%，约定一次缴清出资的，应当从营业执照签发之日起六个月内缴清；约定分期缴付出资的，第一期出资不得低于认缴出资额的15%，并且应当在营业执照签发之日起三个月内缴清。分期缴资的总期限则按注册资本数额来确定，即按照50万、100万、300万和1000万（均为美元）的标准划分为五档，前四档的缴资总期限分别为：一年、一年半、两年、三年。第五档的出资总期限由审批机关根据实际情况审定。

此外，对于外商投资的投资性公司，商务部2004年11月颁布的《关于外商投资举办投资性公司的规定》第七条规定：“出资应在营业执照签发之日起两年内全部缴

清”<sup>5</sup>。

## 2、外商投资股份有限公司

根据《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》第十三条，发起设立的外商投资股份有限公司应自批准证书签发之日起90日内一次缴足其认购的股份。

## （二）《执行意见》相关规定及理解

### 1、外商投资有限责任公司的出资期限

《执行意见》区分新设和增资，对外商投资有限责任公司的出资期限做出了不同的规定：

（1）关于新设外商投资有限责任公司的出资，《执行意见》第九条基本维持了原外商投资企业的出资制度，但也有改动，主要体现在分期缴资制度，包括以下两方面：

一是分期缴资的首次出资额不得低于法定的注册资本最低限额，即新《公司法》第二十六条规定的人民币3万元，这是原外商投资企业出资制度没有规定的。由于首期出资也不能低于注册资本的15%，通过计算可以得出一个结论，即外商投资公司如果采用分期出资方式，其注册资本不能低于20万元人民币（ $3万 \div 15%$ ）；

二是关于分期缴资的总期限问题。按照《执行意见》第九条规定，首期出资以外其余部分的出资时间应符合《公司法》等的规定，而新《公司法》第二十六条规定，“……其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足”，因此，按照第九条规定，分期缴资的总期限应该限制在两年以内，这也与原外商投资企业在满足一定条件下出资总期限可以超过两年的规定不一致。

对于投资公司的出资，新《公司法》规定“投资公司可以在五年内缴足”<sup>6</sup>。为了配合这一规定，商务部于2006年5月颁布了《关于外商举办投资性公司的补充规定》，其中第一条对商务部2004年11月颁布的《关于举办外商投资性公司的规定》所规定的出资期限做出了修改。根据新条文的规定，（投资者）自营业执照签发之日起两年内出资应不

低于三千万美元，注册资本中剩余部分出资应在营业执照签发之日起五年内缴清。

（2）外商投资有限责任公司增资的，增资部分的出资期限应符合《执行意见》第十五条规定，即在申请注册资本变更登记前即应缴付不低于20%的新增注册资本，其余部分出资应在两年（投资公司为五年）内缴足。这种要求是原外商投资企业出资限制度中没有的。

### 2、外商投资股份有限公司的缴资期限

根据《执行意见》第九条和第十五条的规定，外商投资股份有限公司的出资应符合《公司法》的规定，即发起设立的外商投资股份有限公司，在申请注册登记前的首次出资额不得低于注册资本的20%，其余部分自公司成立起两年内缴足<sup>7</sup>。这实际上修改了《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》关于出资的规定。

## （三）该规定的形成原因及评述

### 1、原因

通过以上分析可以看出，外商投资公司的出资制度改动较大。其中，外商投资股份有限公司的出资制度变化比较统一，而外商投资有限责任公司的出资制度则区分为新设和增资两类分别加以规定。形成此规定的原因在于：

外商投资的股份有限公司出资制度脱胎于1993年《公司法》，本质都是登记前缴足出资。新《公司法》对股份有限公司的出资制度进行了修改，外商投资的股份有限公司的相关规定也应作相应调整，因此对于外商投资股份有限公司来说，其制度调整是与《公司法》的修改保持一致的，因此相对比较简单。

而对于外商投资的有限责任公司来说则没有那么简单。由于外商投资的有限责任公司本身具有一套不同于《公司法》的出资制度，且在实践中已经发展成熟，并有众多法律、行政法规和行政规章的支持。因此，《执行意见》必须在维持利用外资制度的稳定性和与《公司法》相关制度

5 商务部2006年颁布的《关于外商举办投资性公司的补充规定》对此做出修改，参见下文。

6 新《公司法》第26条

7 根据新《公司法》第81条，采取股份有限公司形式的投资公司也可以在五年内缴足出资，但根据有关规定，目前尚不允许外商投资设立股份有限公司形式的投资性公司。

相协调两个目标之间寻找平衡点。鉴于外商投资企业的相关规定对公司新设的出资期限有明确的规定，因此《执行意见》对外商投资有限责任公司新设出资采取了在原有制度上进行修补完善的方式；而原外商投资企业的相关规定对增资的出资期限没有明确规定，《执行意见》对外商投资有限责任公司增资部分的出资期限规定又采纳了新《公司法》的有关制度。

## 2、评述

笔者认为，《执行意见》在有限责任公司出资期限方面对新设和增资分别规定不同的标准是不合适的，原因在于：

(1) 新设出资或增资出资只是出资的时点不同，而其性质都属于投资者对于公司注入资金的行为，在出资期限上应当一视同仁，《公司法》本身对于这两种出资行为的出资期限没有区别对待就是明证；

(2) 按照《执行意见》的规定，新设外商投资有限责任公司可以在设立登记后3个月首付15%，而增资则必须在变更登记前先付20%，由此可见，《执行意见》对于增资规定了更加严格的出资期限和方式，对外表达出一种相对不鼓励增资的态度，这也不符合我国利用外资的基本理念；

(3) 实践中，《执行意见》的出资规定造成了一定的操作困难。按照该规定，外商投资的公司增加注册资本，如有外国投资者认购，则在获得商务部门批准后应先去外汇部门申请变更外汇登记和开立或变更资本金账户，然后缴付不低于新增注册资本20%的资金，并到验资机构进行验资，最后才能去工商登记机关去作变更登记；而根据《执行意见》第十二条的规定，从获得批准到办理登记，申请人只有30天去完成上述大量工作，如果逾期申请变更登记，还需“报原审批机关确认文件效力或者另行报批”。实践中，申请人一般都很难在30天内完成这么多项工作，而到审批机关另行报批则同时增加了申请人和审批机关的成本，甚至造成公司增资已部分到位却还需要另行报批的这种不确定的法律状态。目前，审批机关已遇到了此类案例。

(4) 这种设计也增加了法律制度的复杂性，使非专业人士难以准确把握相关要求，不利于外国投资者理解和适用相关制度和营造简单透明的外资法律环境。

因此，尽管目前在审批实践层面已经按照《执行意见》的规定进行操作，笔者还是建议恢复原来外商投资企业的出资制度，即对于外商投资有限责任公司新设和增资的出资期限采用相同的规定，恢复原有外商投资法律制度的完整性，降低行政当事人和行政机关的成本。

以上是对《执行意见》中部分涉及外商投资公司审批的条款的分析和评述。从中可以清楚的看出，《执行意见》一直在试图协调外商投资企业审批制度和新《公司法》相关规定之间的关系，协调的结果是：一方面明确了外商投资公司审批登记管理过程中很多模糊的问题，另一方面这种相互妥协也造成部分制度设计的不合理。此外，《执行意见》并没有完全解决新《公司法》所规定的种种新制度对原外商投资企业法律制度的挑战，相关部门还需要进一步对《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》、《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》、《关于外商投资企业合并与分立的规定》、《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》等规定进行修改，以期与新《公司法》接轨。同时，从长远看，对发端于改革开放之初的外商投资企业制度进行修补可能已经无法从根本上解决问题。因此，有关部门应当审时度势，开始重新梳理、审查外商投资企业的相关法律制度，与时俱进，废除不必要的监管，同时加强和完善对外资产业政策、环保、国家安全和反垄断等方面的监督审查，营造一个外国资本和我国经济双赢的投资环境。



# 《成品油市场管理办法》与 《成品油市场管理暂行办法》比较

丁为立



2006年12月4日，商务部公布了《成品油市场管理办法》(商务部令2006年第23号)(以下简称“办法”)，2007年1月1日开始施行，以前施行的《成品油市场管理暂行办法》(以下简称“暂行办法”)同时废止。该办法以及同日出台的《原油市场管理办法》，标志着我国政府认真履行加入世贸组织承诺，正式对外开放国内原油、成品油批发经营权，这将进一步加快推进我国石油流通领域的市场化进程。随后，2007年3月22日，商务部发布了《成品油经营企业指引手册》(以下简称“手册”)，进一步规范了各级商务主管部门的行政许可行为，方便了企业成品油经营资质的申请、变更以及年检。

《办法》及《手册》明确了成品油经营企业的资质条件、申请程序、提交材料、监督管理等内容，对各级商务主管部门实施行政许可的主体资格、审批程序、受理时限及法

律责任等进行了严格规定。相比《暂行办法》，《办法》及《手册》有如下修改：

## (一) 扩大成品油的定义范围

《办法》第四条明确规定，本办法所称成品油是指汽油、煤油、柴油及其他符合国家产品质量标准、具有相同用途的乙醇汽油和生物柴油等替代燃料<sup>1</sup>。而《暂行办法》将成品油仅限定为汽油、煤油、柴油<sup>2</sup>。

## (二) 上收成品油仓储经营企业的审批许可权至商务部，但批发、零售经营企业的审批级别仍不变

原《暂行办法》将从事成品油仓储经营资格的企业的许

<sup>1</sup> 《暂行办法》第四条。

可下放给省级人民政府商务主管部门来决定<sup>3</sup>。但《办法》第五条规定，申请从事成品油仓储经营资格的企业，应当向所在地省级人民政府商务主管部门提出申请，省级人民政府商务主管部门审查后，将初步审查意见及申请材料上报商务部，由商务部决定是否给予成品油仓储经营许可。相应的，《成品油仓储经营批准证书》由商务部颁发<sup>4</sup>。

不过与《暂行办法》一样，《办法》对成品油批发经营企业的审批许可权和成品油零售经营企业的审批许可权没有修改，前者的审批许可权在商务部，后者的审批许可权在省级人民政府商务主管部门。

此外，为了与成品油零售经营企业审批许可相配套，《手册》明确规定，省级商务主管部门负责制定本辖区内成品油零售经营网点（包括加油站、农村加油点、水上加油点）和仓储行业发展规划。

### （三）明确成品油经营企业设立条件

#### 1. 提高及明确从事成品油批发经营的企业资格要求

从上对比表可以看出，对申请成品油批发经营资格的企业，《办法》设定了更高、更明确的要求：（1）细化并明确了“具有长期、稳定的成品油供应渠道”的判断标准；（2）提高了申请企业拥有成品油油库库容的标准，从原来的4000立方米提高到10000立方米，有意思的是，虽然《暂行办法》所规定的油库产权要求是申请企业需对油库是“全资或控股的”，而《办法》要求是“拥有”，但是《手册》对申请企业就油库的“拥有”所提交的法律证明文件要求，将“拥有”解释为“全资或50%以上（不含50%）控股拥有”；（3）在油库建设规范指标上，整合其他各相关职能部门的监督资源，如《办法》明确要求油库建设“并通过国土资源、规划建设、安全监管、公安消防、环境保护、气象、质检等

暂行办法	办法
<p>第七条 申请从事成品油批发经营的企业，应当具备下列条件：</p> <p>（一）具有稳定的成品油供应渠道；</p> <p>（二）具有全资或控股的、库容不低于4000立方米的成品油油库，油库建设符合《石油库设计规范》（GBJ74--84）；</p> <p>（三）具备接卸成品油的输送管道、铁路专用线或成品油水运码头等设施；</p> <p>（四）油库及其它设施符合国家安全生产、环境保护的有关规定；</p> <p>（五）具备成品油检验、计量、储存、消防安全等专业技术人员；</p> <p>（六）符合成品油批发网络发展规划的要求；</p> <p>（七）各项管理制度健全。</p>	<p>第七条 申请成品油批发经营资格的企业，应当具备下列条件：</p> <p>（一）具有长期、稳定的成品油供应渠道：</p> <p>1. 拥有符合国家产业政策、原油一次加工能力100万吨以上、符合国家产品质量标准的汽油和柴油年生产量在50万吨以上的炼油企业，或者</p> <p>2. 具有成品油进口经营资格的进口企业，或者</p> <p>3. 与具有成品油批发经营资格且成品油年经营量在20万吨以上的企业签订1年以上的与其经营规模相适应的成品油供油协议，或者</p> <p>4. 与成品油年进口量在10万吨以上的进口企业签订1年以上的与其经营规模相适应的成品油供油协议；</p> <p>（二）申请主体应具有中国企业法人资格，且注册资本不低于3000万元人民币；</p> <p>（三）申请主体是中国企业法人分支机构的，其法人应具有成品油批发经营资格；</p> <p>（四）拥有库容不低于10000立方米的成品油油库，油库建设符合城乡规划、油库布局规划；并通过国土资源、规划建设、安全监管、公安消防、环境保护、气象、质检等部门的验收；</p> <p>（五）拥有接卸成品油的输送管道或铁路专用线或公路运输车辆或1万吨以上的成品油水运码头等设施。</p>

2 《暂行办法》第六条：申请从事成品油仓储、零售经营的企业，应当向所在地市级（设区的市，下同）人民政府商务行政主管部门提出申请。市级人民政府商务行政主管部门审查后，将初步审查意见及申请材料报省级人民政府商务行政主管部门，由省级人民政府商务行政主管部门决定是否给予成品油仓储或零售经营许可。

3 《办法》第二十七条。

部门的验收”；(4)新增对申请企业主体资格及注册资本要求的规定，如《办法》要求申请主体应具有中国企业法人资格，且注册资本不低于3000万元人民币，申请主体是中国企业法人分支机构的，其法人应具有成品油批发经营资格；(5)细化申请企业的运能要求，《办法》强调申请企业对相应运能设施应该是“拥有”，而不是《暂行办法》中的“具备”，并且《手册》中明确，申请企业应该就“拥有”这些运能设施提供所有权的法律文件，此外《办法》新增了“公

路运输车辆”等设施来作为运输能力的表征，并要求该成品油水运码头的运能是“1万吨以上”；(6)最后，删减了一些冗赘规定，如《办法》删去了《暂行办法》要求申请成品油批发经营企业需“具备成品油检验、计量、储存、消防安全等专业技术人员”、“符合成品油批发网络发展规划的要求”、“各项管理制度健全”的规定。

### 2. 提高及明确从事成品油仓储经营的企业资格要求

暂行办法	办法
<p>第八条 申请从事成品油仓储经营的企业，应当具备下列条件：</p> <p>(一) 储油设施符合油库布局规划要求；</p> <p>(二) 油库容量不低于4000立方米，油库建设符合《石油库设计规范》(GBJ74--84)；</p> <p>(三) 具备接卸成品油的输送管道、铁路专用线或成品油水运码头等设施；</p> <p>(四) 油库设计和建设符合安全生产及环境保护的规定；</p> <p>(五) 具备成品油检验、计量、储存、消防安全等知识的专业技术人员；</p> <p>(六) 各项管理制度健全。</p>	<p>第九条 申请成品油仓储经营资格的企业，应当具备下列条件：</p> <p>(一) 拥有库容不低于10000立方米的成品油油库，油库建设符合城乡规划、油库布局规划；并通过国土资源、规划建设、安全监管、公安消防、环境保护、气象、质检等部门的验收；</p> <p>(二) 申请主体应具有中国企业法人资格，且注册资本不低于1000万元人民币；</p> <p>(三) 拥有接卸成品油的输送管道或铁路专用线或公路运输车辆或1万吨以上的成品油水运码头等设施；</p> <p>(四) 申请主体是中国企业法人分支机构的，其法人应具有成品油仓储经营资格。</p>

从以上对比表可以看出，《办法》对申请成品油仓储经营资格的企业拥有的成品油油库库容标准、油库建设标准、中国企业法人资格、运输能力等都提出了新的要求，该要求实际上与《办法》对申请成品油批发经营资格企业的要求是一致的，他们之间最大的不同点在最低注册资本

上，成品油仓储经营企业的最低注册资本是1000万元，而成品油批发经营企业的最低注册资本是3000万元。

### 3. 提高及明确从事成品油零售经营的企业资格要求

暂行办法	办法
<p>第九条 申请从事成品油零售经营的企业，应当具备下列条件：</p> <p>(一) 具有稳定的成品油供应渠道，与具有批发经营资格的成品油经营企业签订供油协议；</p> <p>(二) 符合当地加油站行业发展规划；</p> <p>(三) 加油站的设计、施工符合相应的国家标准；</p> <p>(四) 加油站建设符合国家土地管理、消防安全、环境保护等有关规定；</p> <p>(五) 具备成品油检验、计量、储存、消防安全等知识的专业技术人员；</p> <p>(六) 从事船用成品油供应经营的水上加油站(船)，除符合上述规定外，还应当符合港口、水上交通安全和防止水域污染等有关规定。</p> <p>面向农村、只销售柴油的加油点，由省级人民政府商务主管部门根据当地情况自行制定设立条件和管理办法。</p>	<p>第八条 申请成品油零售经营资格的企业，应当具备下列条件：</p> <p>(一) 符合当地加油站行业发展规划和相关技术规范要求；</p> <p>(二) 具有长期、稳定的成品油供应渠道，与具有成品油批发经营资格的企业签订3年以上的与其经营规模相适应的成品油供油协议；</p> <p>(三) 加油站的设计、施工符合相应的国家标准，并通过国土资源、规划建设、安全监管、公安消防、环境保护、气象、质检等部门的验收；</p> <p>(四) 具有成品油检验、计量、储运、消防、安全生产等专业技术人员；</p> <p>(五) 从事船用成品油供应经营的水上加油站(船)和岸基加油站(点)，除符合上述规定外，还应当符合港口、水上交通安全和防止水域污染等有关规定；</p> <p>(六) 面向农村、只销售柴油的加油点，省级人民政府商务主管部门可根据本办法规定具体的设立条件。</p>

从以上对比表可以看出,《办法》新增规定特别强调了申请企业需要具有“长期的成品油供应渠道”的要求,要求申请企业与具有成品油批发经营资格的企业签订3年以上的与其经营规模相适应的成品油供油协议。另外,《办法》细化了对加油站的建设要求,要求“并通过国土资源、规划建设、安全监管、公安消防、环境保护、气象、质检等部门的验收”。此外,就船用成品油供应,新《办法》还增设了对“岸基加油站(点)”的规定;对农村、只销售柴油的加油点的规定,作出了细微的调整。

#### (四) 明确申请成品油经营资格的企业所提交的文件

《办法》第十一、十二、十三条明确了申请企业所应当提交的文件,《手册》更是就申请不同种类经营资格的企业所需提交的文件做出了详细的规定。对于申请成品油批发经营资格的,需要提交下列文件:

1.1 《成品油批发经营资格申请表》;

1.2 企业出具的申请文件。申请文件须说明企业基本情况、符合申请条件的说明、各投资方出资情况、油库情况及成品油采购、销售的具体方案等;股份制企业还应提交董事会的书面决议文件;

1.3 提供符合下列条件之一的具有长期、稳定成品油供应渠道的法律文件及证明材料:

1.3.1 自有炼厂的企业,需提供炼厂经国家依法批准建设、符合国家产业政策及原油一次加工能力在100万吨以上、符合国家产品质量标准的汽油和柴油年产量在50万吨以上的证明文件;

1.3.2 成品油进口企业,需提供具有成品油进口经营资质的证明文件;

1.3.3 与国内批发企业签订成品油供油协议的企业,需提供该成品油批发企业的《成品油批发经营批准证书》复印件、成品油年经营量在20万吨以上的证明文件(税务部门或会计事务所提供的法律证明文件)及双方签订的与各自经营

规模相适应、1年以上的成品油供油协议;

1.3.4 与成品油进口企业签订成品油供油协议的企业,需提供该进口企业的进口经营资质证明、成品油年进口量在10万吨以上的报关单、海关统计证明及双方签订的与各自经营规模相适应、1年以上的成品油供油协议;

1.4 法定验资机构出具的注册资本证明文件或验资报告;

1.5 工商部门核发的营业执照或《企业名称预先核准通知书》;

1.6 法定代表人身份证明及相关证明文件;

1.7 全资或50%以上(不含50%)控股拥有10000立方米以上成品油油库的法律证明文件;国土资源部门核发的油库《国有土地使用证》或土地使用批准确认文件;规划部门核

发的油库《建设用地规划许可证》、《建设工程规划许可证》;

建设部门核发的油库《建筑工程施工许可证》;消防部门核发的油库《建筑工程消防验收意见书》;

环保部门核发的油库环境保护验收合格文件或环境影响报告书(表);

气象部门核发的油库《防雷装置验收合格证》或防雷装置检测报告;质检部门核发的油库用于贸易交接的计量器具验收合格证书;油库设施的建设竣工验收材料;

1.8 油库设施所在地省级商务主管部门出具的油库布局规划确认文件;新建油库提供建库前省级商务主管部门出具的油库规划确认文件;

1.9 通过招标、拍卖、挂牌方式取得油库土地使用权的,还应提供省级(或被授权的地市级)商务主管部门出具的同意申请人投标或竞买的预核准文件及国土资源部门核发的国有土地使用权拍卖(招标、挂牌)成交确认文件;

1.10 拥有接卸成品油的输送管道或铁路专用线或公路收发油设施或10000吨以上成品油水运码头等设施所有权的法律文件;

1.11 安全监管部门核发的《危险化学品经营许可证》;

1.12 从事水上成品油批发经营的企业,应提供全资或50%以上(不含50%)控股拥有水上成品油储运设施累计10000立方米以上的法律证明文件及与其所在地域航道条件、储运能力相适应的成品油水运接卸设施所有权的法律文件;

1.13 外商投资企业还应提交商务部核发的《外商投资企业批准证书》；

1.14 申请主体是中国企业法人分支机构的，还应提交企业负责人的身份证明文件，以及母公司同意其申请的书面证明文件、《成品油批发经营批准证书》、注册资本证明文件或验资报告；

1.15 审核机关要求的其他材料。

对于申请成品油仓储经营资格的，其需要提交的文件基本同上，但不需要1.3及1.12项。

对于申请成品油零售经营资格的，需要提交以下文件：

3.1 《成品油零售经营资格申请表》(附表6)；

3.2 企业出具的申请文件。申请文件须说明企业基本情况、符合申请条件的说明、加油站(点)情况及经营的具体方案等；

3.3 省级(或被授权的地市级)商务主管部门核发的加油站(点)建设规划确认文件或项目预核准文件；

3.4 提交与年度检查合格的成品油批发经营企业签订的3年以上与其经营规模相适应的成品油供油协议及该批发企业的《成品油批发经营批准证书》；

3.5 工商部门核发的营业执照或《企业名称预先核准通知书》；

3.6 法定代表人身份证明及相关证明文件；

3.7 水上加油站(船)还需提供船舶所有权证明、有效的检验证书及满足水域管理部门准入条件的证明文件；

3.8 通过招标、拍卖、挂牌方式取得土地使用权的，还应提供省级(或被授权的地市级)商务主管部门同意申请人投标和竞买的预核准文件及国土资源部门核发的国有土地使用权拍卖(招标、挂牌)成交确认文件；

3.9 加油站(点)及其配套设施的产权证明文件，及相关部门的批准证书及验收合格文件：国土资源部门核发的加油站(点)《国有土地使用证》或土地使用批准确认文件；规划部门核发的加油站(点)《建设用地规划许可证》、《建设工程

规划许可证》；建设部门核发的加油站(点)《建筑工程施工许可证》(投资30万元以下或者建筑面积在300平方米以下的可以不提供此证)；消防部门核发的加油站(点)《建筑工程消防验收意见书》；环保部门核发的加油站(点)环境保护验收合格文件或环境影响报告书(表)；气象部门核发的加油站(点)《防雷装置验收合格证》或防雷装置检测报告；质量技术监督部门核发的加油机计量合格的《检定证书》；加油站建设竣工验收材料；

3.10 成品油检验、计量、消防、安全生产等专业技术人员的资格证明；

3.11 安全监管部门核发的《危险化学品经营许可证》；

3.12 外商投资企业还应提交商务部核发的《外商投资企业批准证书》；

3.13 审核机关要求的其他材料。

## (五) 简化成品油经营许可审查程序，约束审批时限

《办法》删除了商务主管部门初步审查的工作人员的人数应为2名以上的规定，对此不再做出规定。此外，由于《办法》将成品油仓储经营企业的审批许可权上收至商务部，因此，成品油仓储经营资格的申请将向省级人民政府商务主管部门提交，由其完成初步审查，再将初步审查意见及申请材料上报商务部。另外，《暂行办法》中关于省级人民政府商务主管部门作出成品油仓储经营许可后向商务部备案的规定也相应被删除了。

对于审批时限，《办法》严格约束了审批时限，删除了《暂行办法》中对审批时限可以延长10天的规定，对于初步审查和最终审核，分别规定都应该在20个工作日内完成。《手册》还规定，初步审查部门认为申请材料不齐全或者不符合规定条件的，应当在收到申请之日起5个工作日内出具《行政许可补正内容告知书》，一次性告知申请人所需补正的全部内容。

## （六）油库等设施的新建、迁建、扩建，及加油站等设施的迁建、扩建需要报批与备案

《办法》新增第二十一条规定，成品油批发、仓储经营企业进行新建、迁建、扩建油库等仓储设施，须符合城乡规划、油库布局规划，在取得省级人民政府商务主管部门核发的油库规划确认文件，并办理相关部门验收手续后，报商务部备案；成品油零售经营企业迁建、扩建加油站（点）等设施，须符合城乡规划、加油站行业发展规划，在取得省级人民政府商务主管部门核发的加油站（点）规划确认文件，并办理相关部门验收手续后，报省级人民政府商务主管部门备案。

## （七）对新建加油站项目的国有土地使用权招标、拍卖、挂牌等活动的规制

《办法》新增第二十二条规定，采取国有土地使用权招标、拍卖、挂牌等方式确定经营单位的新建加油站项目，招标方、拍卖委托人等单位应取得所在地省级人民政府商务主管部门关于招标、拍卖标的物的规划确认文件，方可组织招标、拍卖活动；投标申请人和竞买人应当经省级人民政府商务主管部门同意并取得预核准文件后，方可参加投标、竞买。

## （八）建立成品油市场管理信息系统企业数据库

《办法》新增第二十四条规定，省级人民政府商务主管部门应当将成品油零售经营企业的批复文件，于10个工作日内报商务部备案，同时将成品油零售经营企业基本情况纳入成品油市场管理信息系统企业数据库。

4 《办法》第二十八条第一款。

5 《暂行办法》第二十一条。

6 《办法》第二十九条。

## （九）明确成品油经营批准证书的变更程序

### 1. 明确向谁提交申请变更及申请部门的初审程序

《办法》规定<sup>5</sup>，要求变更成品油经营批准证书事项的，须向当初申请成品油经营资格许可的初步审查部门提出申请，初审合格后，再报送上级主管部门最终审核。要求变更《成品油批发经营批准证书》或《成品油仓储经营批准证书》事项的，须向省级人民政府商务主管部门提出申请。省级人民政府商务主管部门初审合格后，报请商务部审核。对具备继续从事成品油批发或仓储经营条件的，由商务部换发变更的《成品油批发经营批准证书》或《成品油仓储经营批准证书》。而《暂行办法》没有对申请部门的初审程序作出规定。《办法》规定，变更《成品油零售经营批准证书》事项的，须向地市级人民政府商务主管部门提出申请，经地市级人民政府商务主管部门初审合格后，报省级人民政府商务主管部门审核。对具备继续从事成品油零售经营条件的，由省级人民政府商务主管部门换发变更的《成品油零售经营批准证书》。而《暂行办法》则规定，申请变更《成品油零售经营批准证书》事项的，直接向省级人民政府商务主管部门提出，并由其审核<sup>6</sup>。

《手册》规定，上述变更申请的初步审查及最终审核的审批时限分别都是20个工作日。

### 2. 明确申请变更的文件

《办法》及《手册》区分了经营单位投资主体是否发生变化两种情形。《手册》规定，对于经营单位投资主体未发生变化的：

（1）属企业名称变更的，应当提供：

1.1 《成品油经营批准证书变更登记表》、

1.2 成品油经营批准证书正副本；

1.3 工商行政管理部门出具的《企业名称预先核准通知书》或船舶管理部门的船舶名称变更证明；

1.4 油库或加油站及其配套设施的产权证明文件。

(2)属于企业地址变更的，应当提供：

2.1 《成品油经营批准证书变更登记表》(附表8)；

2.2 成品油经营批准证书正副本；

2.3 不涉及油库和加油站迁移的经营地址变更，应提供经营场所合法使用权证明；

2.4 涉及油库及加油站迁移的经营地址变更，还应提供省级商务主管部门核发的油库或加油站(点)规划确认文件和相关部门的验收合格证明。

(3)属于企业法定代表人或负责人变更的，应当提供：

3.1 《成品油经营批准证书变更登记表》(附表8)；

3.2 成品油经营批准证书正副本；

3.3 新法定代表人或负责人的任职证明及其身份证明；

3.4 加油站租赁经营、合伙人出资比例调整等变更企业法人或负责人的，还应提供租赁合同、新的出资协议等法律证明文件。

此外，股份制企业还应提交董事会同意变更的书面决议，而企业分支机构还应提交母公司同意其变更的书面文件。

对于成品油经营企业或经营设施投资主体发生变化的情况，《手册》规定，原成品油经营企业应办理相应经营资格的注销手续，交回原成品油经营批准证书；新的经营单位应按成品油新企业设立条件，提交相应申请文件重新申办成品油经营资格。

## (十) 设立成品油经营资格年度检查制度

### 1. 明确年度检查行政主体

《办法》第三十一条第一款规定，省级人民政府商务主管部门应当依据本办法，每年组织有关部门对从事成品油

经营的企业进行成品油经营资格年度检查，并将检查结果报商务部。《手册》进一步规定，省级商务主管部门可以签署委托授权书，将成品油零售经营企业的年度检查工作委托地市级商务主管部门开展。

### 2. 明确年度检查主要内容

《办法》第三十二条规定，成品油经营企业年度检查的主要内容是：(一)成品油供油协议的签订、执行情况；(二)上年度企业成品油经营状况；(三)成品油经营企业及其基础设施是否符合本办法及有关技术规范要求；(四)质量、计量、消防、安全、环保等方面情况。

### 3. 明确年度检查的法律后果

《办法》第三十一条第二款规定，年度检查中不合格的成品油经营企业，商务部及省级人民政府商务主管部门应当责令其限期整改；经整改仍不合格的企业，由发证机关撤销其成品油经营资格。《手册》对此则更为细化，规定，对于年度检查不合格的成品油批发及仓储经营企业，省级商务主管部门应下达《成品油经营企业限期整改通知书》，责令其在三个月内进行整改；经整改仍不合格的企业，按《成品油市场管理办法》及相关规定予以处理；对于不再具备从事成品油批发、仓储经营资格的，省级商务主管部门应当报请商务部主管司局核查，经商务部行政处罚委员会审理后，依法撤销其成品油批发或仓储经营资格，并将撤销的决定通告工商、税务管理部门；对于年度检查中不合格的成品油零售企业，省级(或被授权的地市级)商务主管部门应下达《成品油经营企业限期整改通知书》，责令其在一个月内进行整改，经整改仍不合格的企业，按《成品油市场管理办法》及相关规定予以处理；对于不再具备从事成品油零售经营资格的，省级商务主管部门应当依法撤销其成品油零售经营资格，并将撤销的决定通告工商、税务管理部门。

### （十一）新增成品油经营企业歇业或终止营业的规定

《办法》第三十三条规定，成品油经营企业歇业或终止经营的，应当到发证机关办理经营资格暂停或注销手续。成品油批发和仓储企业停歇业不应超过18个月，成品油零售经营企业停歇业不应超过6个月。《手册》对此进行了区分调整，规定：（1）成品油批发、仓储经营企业办理暂时歇业手续，应向省级商务主管部门提交申请并由其审核，交回成品油批发、仓储经营批准证书；办理终止经营的，还需要商务部的审核同意；（2）成品油零售经营企业办理暂时歇业手续，应向地市级商务主管部门提交申请并由其审核，交回成品油零售经营批准证书；办理终止经营的，还需要省级商务主管部门的审核同意。

《办法》第三十三条还规定，无故不办理停歇业手续或停歇业超过规定期限的，由发证机关撤销其成品油经营许可证，注销成品油经营批准证书，并通知有关部门。

对因城市规划调整、道路拓宽等原因需拆迁的成品油零售企业，经企业所在地省级人民政府商务主管部门同意，可适当延长歇业时间。

### （十二）明确商务主管部门应当撤销成品油经营许可证决定的情形。

《办法》第四十条规定，有下列情况之一的，作出成品油经营许可证决定的商务主管部门或者上一级商务主管部门，根据利害关系人的请求或依据职权，应当撤销成品油经营许可证决定：（一）对不具备资格或者不符合法定条件的申请人作出准予许可决定的；（二）超越法定职权作出准予许可决定的；（三）成品油经营企业不再具备本办法第七条、第八条、第九条相应规定条件的；（四）未参加或未通过年检的；（五）以欺骗、贿赂等不正当手段取得经营许可

7 《暂行办法》第三十一条。

的；（六）隐瞒有关情况、提供虚假材料或者拒绝提供反映其经营活动真实材料的；（七）依法应当撤销行政许可的其他情形。

相比《暂行办法》，《办法》新增了上述的第（三）、（四）、（五）、（六）项，并删除了《暂行办法》的第（一）项“行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守对不符合法定条件的申请作出准予许可决定的”<sup>8</sup>。实际上《暂行办法》第三十四条中的一般行政处罚规定涉及了《办法》的第（五）、（六）项，但在《暂行办法》里，只有达到“情节严重的”，才被吊销成品油经营批准证书。现在《办法》不再考虑上述情形是否“情节严重”，彰显《办法》强化对第（五）、（六）项行为的打击力度。

而且，《办法》强调一旦出现上述撤销情况，商务主管部门应当撤销成品油经营许可决定，而不是《暂行办法》所规定“可以”撤销许可决定。如果商务主管部门不采取上述行动，将构成行政不作为。

《手册》详细规定了对违反《办法》第四十条有关规定的成品油经营企业做出撤销成品油经营资格的办理程序。对于成品油批发、仓储经营企业，省级商务主管部门或商务部查证属实后，应当报请商务部主管司局核查，经商务部行政处罚委员会审理后，依法由商务部撤销其成品油批发、仓储经营资格，注销《成品油批发经营批准证书》、《成品油仓储经营批准证书》；对于成品油零售经营企业，地市级或省级商务主管部门查证属实后，可由省级商务主管部门撤销其成品油零售经营资格，注销《成品油零售经营批准证书》。

### （十三）明确了商务主管部门所处罚的成品油经营企业违规行为

《办法》第四十三条规定，成品油经营企业有下列行为之一的，法律、法规有具体规定的，从其规定；如法律、

法规未做规定的，由所在地县级以上人民政府商务主管部门视情节依法给予警告、责令停业整顿、处违法所得3倍以下或30000元以下罚款处罚：（一）涂改、倒卖、出租、出借或者以其他形式非法转让成品油经营批准证书的；（二）成品油专项用户违反规定，擅自将专项用油对系统外销售的；（三）违反本办法规定的条件和程序，未经许可擅自新建、迁建和扩建加油站或油库的；（四）采取掺杂掺假、以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品等手段销售成品油，或者销售国家明令淘汰并禁止销售的成品油的；（五）销售走私成品油的；（六）擅自改动加油机或利用其他手段克扣油量的；（七）成品油批发企业向不具有成品油经营资格的企业销售用于经营用途成品油的；（八）成品油零售企业从不具有成品油批发经营资格的企业购进成品油的；（九）超越经营范围进行经营活动的；（十）违反有关技术规范要求的；（十一）法律、法规、规章规定的其他违法行为。

相比《暂行办法》，《办法》明确了上述违规行为若法律、法规未作具体处罚规定的，其应适用的行政处罚种类为警告、责令停业整顿、处违法所得3倍以下或30000元以下罚款。由于考虑到第四十条已经规定了撤销成品油经营许可决定的情形，故在本条中删除了“情节严重的，吊销其成品油经营批准证书”的行政处罚。上述第（六）、（十）项为新增的受处罚的违规行为。

#### （十四）申请有重大违规行为的，申请人一年内不得为同一事项再次申请成品油经营许可

《暂行办法》规定，申请成品油经营许可时，隐瞒真实情况的或者提供虚假材料的，商务主管部门应当作出不予受理或者不予许可的决定，并给予警告<sup>9</sup>；《办法》第四十四条对此还增加规定了“违反有关政策和申请程序，情节严重的”这种情形，并且针对上述严重违规行为，增加规

<sup>8</sup> 《暂行办法》第三十五条。

定，“申请人在一年内不得为同一事项再次申请成品油经营许可”。

#### （十五）对已存尚未达标的成品油经营企业规定相应的整改宽限期

《办法》第四十五条规定，已取得省级以上商务主管部门颁发的成品油经营批准证书但尚不符合本办法第七条、第八条、第九条规定条件的企业，成品油批发和仓储企业应于本办法公布实施之日起18个月内、成品油零售企业应于6个月内进行整改；对于期满尚不符合条件的成品油经营企业，由行政许可机关撤销成品油经营许可，注销成品油经营批准证书。

#### （十六）对外资进入成品油经营市场的特别规定

##### 1. 规定外国投资者在相当规模的成品油零售经营中不得控股。

《办法》新增第十条规定，设立外商投资成品油经营企业，应当遵守本办法及国家有关政策、外商投资法律、法规、规章的规定。同一外国投资者在中国境内从事成品油零售经营超过30座及以上加油站的（含投资建设加油站、控股和租赁站），销售来自多个供应商的不同种类和品牌的成品油的，不允许外方控股。

上述规定实际上脱胎于商务部2004年发布的《外商投资商业领域管理办法》第十八条的规定，该规定要求，同一外国投资者在境内累计开设店铺超过30家以上的，如经营商品包括成品油等商品，且上述商品属于不同品牌，来自不同供应商的，外国投资者的出资比例不得超过49%。而“累计开设店铺超过30家以上”在《办法》中被具体解释为“从事成品油零售经营的加油站超过30座及以上”，且投资建设加油站、控股和租赁的加油站均纳入计算范围，这实

实际上堵掉了在计算范围时对外资作有利解释的通道。而“属于不同品牌来自不同供应商的商品”在《办法》中被具体解释为“来自多个供应商的不同种类和品牌的成品油”，理论上放开了外资零售经营“来自多个供应商的同一种类不同品牌的成品油”的限制，但在实践商业运作中，加油站只卖同一种类不同品牌的成品油实属罕见。因此，《办法》中的上述规定可以理解为是就成品油商品的种类特殊性而作出的文字上的优化。“外国投资者的出资比例不得超过49%”在《办法》中被修改为“不允许外方控股”，则将实践中外资出资比例虽没有超过49%但其实际可对该企业控股的情形也包括在禁止范围之内，如新《公司法》规定<sup>9</sup>，有限责任公司股东会会议是否由股东按照出资比例行使表决权可以由公司章程规定，这就使得用出资比例来衡量控股权失去了意义，再如，外国投资者的出资比例虽没有超过49%但其在所有投资者中是第一大股东，或外国投资者通过相应的协议安排等来实际控制公司，这些都可以被理解为“外方控股”。因此，《办法》的上述修订，实际上赋予了政府监管部门在适用上述规定时解释的灵活性。

## 2. 外商涉足成品油经营业务需获商务部的审批

《办法》新增第二十三条规定，外商投资企业设立、增加经营范围或外商并购境内企业涉及成品油经营业务的，应当向省级人民政府商务主管部门（《手册》将其细化为省级外资主管部门）提出申请，省级人民政府商务主管部门应当自收到全部申请文件之日起1个月内完成审查（《手册》还规定，省级外资主管部门应征求省级成品油市场主管部门的意见），并将初步审查意见及申请材料上报商务部，商务部在收到全部申请文件之日起3个月内作出是否批准的决定。外商投资企业经商务部核准设立、并购或增加经营范围后，按本办法有关规定申请成品油经营资格。

《手册》还对外商投资设立成品油经营企业、已设立外

商投资企业增加成品油经营范围需提交的材料、外国投资者并购境内成品油经营企业需提交的材料、申请人办理成品油经营资格需提交的材料做出了详细的规定。

## （十七）新《办法》还对旧《暂行办法》一些表达不准确的地方进行了文字上的修改

如《暂行办法》第十八条规定，成品油经营企业设立分支机构，应按照本办法规定，另行办理申请手续。而《办法》第二十六条则将其明确为“设立经营成品油的分支机构”，成品油经营企业才需要应按照本办法规定，另行办理申请手续。再如，《暂行办法》第二十七条规定，成品油经营批准证书不得伪造，不得买卖、出租、转借或者以任何其他形式转让。而《办法》对此增加了不得“涂改”一项，且要求“已变更或注销的成品油经营批准证书应交回发证机关，其他任何单位和个人不得私自收存”<sup>11</sup>。又如，《暂行办法》第三十条第三款规定，成品油批发企业不得向不具备成品油经营资格的企业销售成品油，《办法》将其限定为“不得向不具有成品油经营资格的企业销售用于经营用途的成品油”。《暂行办法》第三十条第四款规定，成品油仓储企业为其他单位代储成品油，应当验证成品油的合法来源，《办法》还增加应当验证“委托人的合法证明”。

<sup>9</sup> 《公司法》第43条：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

<sup>10</sup> 《办法》第三十六条。

# 劳动合同法的主要内容及其影响

君合律师事务所劳动法组



第十届全国人民代表大会常务委员会于六月二十九日召开第二十八次会议，表决通过了《劳动合同法》(以下简称“该法”)。该法将于明年一月一日起实施。根据我们的研究，该法与现行的劳动法律、法规、司法解释和行政规章相比，在内容上有许多重要变化，实施后将给各用人单位的现行劳动关系带来不可忽视的影响。为此，我们现提供如下简介和分析：

## 一、关于规章制度和重大决定

《劳动合同法》规定，用人单位在制订和修改包括劳动纪律、福利政策等直接涉及劳动者切身利益的规章制度，以及在决定有关重大事项时，必须与劳动者进行平等协商。在协商时，可以由工会出面代表劳动者一方，也可以由用人单位与全体职工或职工代表直接讨论。用人单位在实施规章制度或者重大决定时，工会或职工有权与用人单位就修改或完善这些规章制度和重大决定随时进行协商。此外，用人单位有义务将规章制度和重大决定告知劳动者，或对他们进行公示。《劳动合同法》还规定，用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同，并且要求用人单位向其支付经济补偿。同时，劳动者还可以要求用人单位承担赔偿责任。(参见第四条、第三十八条、第八十条)

现行《劳动法》以及相关法律、法规、司法解释对用人单位如何制订、修改涉及劳动者切身利益的规章制度以及决定相关重大问题并无明确规定。

结合此前公布的《劳动合同法》草案(征求意见稿)，我们认为，《劳动合同法》中规定的“平等协商”和“讨论”，是体现劳动者监督权的程序性的规定，而不是一种共决制。但我们尚无法判断，“用人单位的规章制度违反法律、法规的规定”是否仅指内容

违法，还是也包括了程序违法。另外，就什么样的程序才是合法有效的程序，目前该法也没有做出明确的规定。由于《劳动合同法》对用人单位制订直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况规定，县级以上地方人民政府劳动行政部门有依法进行监督检查的权利和义务，因此我们认为，用人单位主动向当地劳动行政部门进行咨询，应不失为一种较为稳妥的方法。（参见第七十四条）

## 二、关于订立书面劳动合同

《劳动合同法》规定，用人单位与劳动者建立劳动关系后，双方应当在一个月之内订立书面劳动合同。用人单位自用工之日起超过一个月不满一年尚未与劳动者订立书面劳动合同的，应当每月向劳动者支付二倍的工资。如果用人单位自用工之日起满一年仍未与劳动者订立书面劳动合同的，则用人单位与劳动者之间视为已订立无固定期限的劳动合同。（参见第十条、第十一条、第十四条、第八十二条、第九十六条）

与《劳动法》的有关规定相比，《劳动合同法》强调了用人单位不签订书面劳动合同的法律责任，规定了严厉的处罚条件。但由于它对事实劳动关系的性质和后果没有做进一步规定，因此，对于双方自始未签订书面劳动合同，以及双方未能续签书面劳动合同所产生的事实劳动关系是否仍然适用《最高人民法院2001年关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》、劳动部《2005年关于确立劳动关系有关事项的通知》，以及部分省市的地方性法规中的有关规定，将有待进一步证实。

## 三、关于固定期限劳动合同终止

《劳动合同法》规定，用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限的劳动合同。但同时又规定，固定期限劳动合同到期时，除用人单位维持或提高劳动合同约

定条件续订劳动合同，但劳动者不同意续订的情况外，劳动合同终止时，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。如果用人单位违反上述规定，劳动者可以要求用人单位按经济补偿标准的两倍向劳动者支付赔偿金；或者要求劳动行政部门责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。（参见第十三条、第四十六条、第四十七条、第四十八条、第八十五条、第八十七条）

上述规定是此次《劳动合同法》专门设立的条款，其意图是限制用人单位与劳动者签订短期劳动合同。这一规定对现行《劳动法》的相关内容进行了重大修改，将直接影响用人单位的用工成本，并且可能也会影响劳动者的实际收入。目前有些用人单位试图在劳动合同中预先约定：当劳动合同到期终止时，劳动者将自愿不续订劳动合同，因此用人单位无需向其支付经济补偿。但我们认为，如果届时劳动者明确提出续订的意愿时，这类预先约定的“放弃”或“承诺”将不能帮助用人单位合法规避支付经济补偿的义务。因此，除非用人单位从一开始就在其它方面减少自己的用工成本或依法支付经济补偿，否则将面临违法风险。

## 四、关于无固定期限劳动合同

《劳动合同法》规定，劳动者在用人单位连续工作满十年，或用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同以后续订劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限的劳动合同。如果用人单位自用工之日起满一年仍未与劳动者订立书面劳动合同的，双方之间将视为已订立了无固定期限劳动合同。如果用人单位违反上述规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同，自订立无固定期限劳动合同之日起，劳动者有权要求用人单位向其支付两倍工资。另外，《劳动合同法》还规定，用人单位在裁员时，应当优先留用订立无固定期限劳动合同的劳动者。（参见第十四条、第四十一条、第八十二条）



现行《劳动法》规定，劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意延续劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。我们注意到，在《劳动合同法》中，劳动者在用人单位连续工作满十年后，“双方同意延续劳动合同”不再是订立无固定期限劳动合同的必须条件。只要符合满十年的条件，劳动者向用人单位单方提出或者同意续订、订立劳动合同，用人单位就必须和劳动者订立无固定期限的劳动合同，否则，用人单位就有可能不得不向劳动者支付两倍工资。

另外，根据《劳动合同法》，用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同以后“续订劳动合同的”，必须订立无固定期限劳动合同。这一规定也是对现行《劳动法》的重大修改。但从该法的文字表述理解，如果用人单位在与劳动者连续订立两次固定期限的劳动合同以后，在第二次劳动合同到期终止时向劳动者提出不续订劳动合同，似乎除了要向劳动者支付经济补偿外，无须承担违法终止劳动合同的法律责任。但这一理解是否正确，还有待进一步证实。

## 五、关于试用期

《劳动合同法》规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月，三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。这一标准统一了目前各地在地方性法规中各自规定的试用期标准。同时，《劳动合同法》还规定，用人单位如违反上述规定与劳动者约定试用期，且违法约定的试用期已经履行的，用人单位除应支付工资外，还必须以劳动者试用期满后的月工资为标准，向劳动者支付赔偿金。上述规定的目的似乎是在限制用人单位任意延长试用期。另外，与现行《劳动法》相比，《劳动合同法》对约定试用期的其它条件似

乎也更加严格了。（参见第十九条、第八十三条）

《劳动合同法》还规定，劳动者在试用期内的工资标准不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。如用人单位未按照劳动合同约定及时足额支付劳动者上述工资报酬，或者支付的工资报酬低于当地最低工资标准，劳动者可以解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿。同时，劳动行政部门也可责令用人单位支付其差额部分，并要求用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。（参见第二十条、第三十八条、第八十五条）

与现行《劳动法》不同的是，《劳动合同法》规定，劳动者在试用期内向用人单位提出解除劳动合同的，应提前三日通知用人单位。但用人单位在试用期内与劳动者解除劳动合同，仍然没有提前通知义务。但用人单位在解除劳动合同时应当证明劳动者不符合录用条件，并且必须向劳动者说明理由。另外，该法似乎还规定，用人单位不能以劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同不能履行为由，也不能以经济性裁员为由解聘在试用期内的劳动者。如果确实是这个意思，这也同样可以算是对现行《劳动法》的一项重大修改。（参见第二十一条、第三十七条、第三十九条）

## 六、关于服务期

《劳动合同法》规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与劳动者约定服务期。劳动者违反服务期约定，应当按照约定向用人单位支付违约金，但违约金的数额不应超过用人单位提供的培训费用，并且，该违约金还应该按比例扣除劳动者已经履行的服务期部分的数额。此外，《劳动合同法》还规定，用人单位还应当正常调整提高劳动者在服务期内的工资。（参见第二十二条）



《劳动合同法》对目前散见于法律、法规以及规章中的有关服务期的内容做出了统一规定，但同时也进行了增加或修改。比如在规定中并没有明确指出，所谓“专项培训费用”与劳动部和国家经贸委1996年发布的《企业职工培训规定》中规定的“职工培训经费”是否相同，但比对《劳动合同法》草案第三稿的相关内容，我们推测，目前的《劳动合同法》正式文本中所指的“专项培训经费”，与《企业职工培训规定》中所指的“职工培训经费”并无冲突。同时我们注意到，该法对违约金的数额进行了限制，这种限制将要求用人单位在主张违约金的时候必须先证明专项培训经费的确切数额，并且只能主张服务期中劳动者未履行部分的违约金。在这种情况下，所谓违约金其实就是用人单位的实际损失。

1995年劳动部办公厅曾经在一份复函中对关于劳动者在试用期中解除劳动合同是否应支付培训费用进行了解释，认为劳动者在试用期期间提出辞职，用人单位不得要求劳动者支付培训费用。《劳动合同法》目前对这个问题并未做出明确的规定。而且，该法也没有规定用人单位是否可以就出资录用劳动者，以及向劳动者提供额外福利待遇等情况与劳动者约定服务期，但我们理解，由于《劳动合同法》已经对设立违约金做出了明确限制，因此即使双方可以就培训以外的其他事项约定服务期，似乎也不得进一步约定违约金。（参见第二十五条）

## 七、关于竞业限制

《劳动合同法》规定，用人单位可以与了解商业秘密的劳动者约定竞业限制义务，但这种约定仅限于高级管理人员，高级技术人员和其他负有保密义务的人员。该法规定，在解除或者终止劳动合同后，用人单位应按月向遵守竞业限制的劳动者支付经济补偿，但允许双方自行约定竞业限制的范围、地域、期限。规定同时又将竞业限制的最长期限限制在两年以内，并规定竞业限制的含义为，离职人员不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业

务的有竞争关系的其他用人单位工作，也不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。该法还规定，劳动者违反劳动合同中约定的保密义务或竞业限制条款，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。（参见第二十三条、第二十四条、第二十五条）

与此前《劳动合同法》草案（征求意见稿）引起的争议相比，该法对双方就竞业限制如何约定补偿没有明确规定，在这一点上该法似乎与劳动部2005年发布的《关于企业职工流动若干问题的通知》内容一致。但由于某些地方已经在地方性法规中自行规定了补偿标准，《劳动合同法》施行后，这些补偿标准是否依然适用，目前尚无定论。另外，该法对离职脱密期没有做任何规定，因此我们无法确认，现有的离职脱密期约定在施行后是否仍然有效；在若干地方性法规中规定的离职脱密期与竞业限制不可同时约定的规定是否仍有任何效力。

## 八、关于劳动合同的终止和解除

《劳动合同法》对现行《劳动法》中关于劳动合同终止以及解除的规定作了较大的修改，其意图显然是希望加强对劳动者的保护，进一步限制用人单位解除或终止劳动合同的权利。

《劳动合同法》将劳动者可以立即解除劳动合同的条件从三条增加为七条，增加的条件包括：用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险的；用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的，以及用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；因用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利，或违反法律、行政法规强制性规定致使劳动合同无效或部分无效的。（参见第三十八条、第二十六条）

《劳动合同法》将用人单位可以立即解除劳动合同，并且无须向劳动者支付经济补偿金的条件从四条增加为六

条，增加的内容包括：劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。（参见第三十九条、第二十六条）

《劳动合同法》将用人单位不得与劳动者解除或者终止劳动合同的条件从四条增加到六条，增加的内容包括：从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；劳动者在用人单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的。另外，劳动合同法还特别规定，当工会对用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定，单方与劳动者解除劳动合同的行为提出异议时，用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。（参见第四十二条、第四十三条）

## 九、关于裁员

《劳动合同法》对《劳动法》中有关经济性裁减人员的规定做出了重大修改，规定凡用人单位裁减劳动者二十人以上，或占用人单位职工总数十分之一以上时，其裁减人员均应符合四项法定条件，并应依照法定程序进行。

与《劳动法》相比，《劳动合同法》对裁员规定的法定条件增加了两项内容，即：企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。该法对裁员规定的法定程序仍然与《劳动法》基本一致，但在裁员范围方面做了特别规定，要求用人单位在裁减人员时，凡劳动者有与用人单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；订立无固定期限劳动合同的；或家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的，应当优先留用。（参见第四十一条）

我们认为，《劳动合同法》通过后，企业在进行收购、

重组等涉及员工转移的项目时，将无可避免地受到该法关于裁减人员规定的影响。在现行《劳动法》下，用人单位因搬迁、分立合并、资产转移等原因，需成建制或大规模转移员工时，一般都能以客观情况发生重大变化为理由，与劳动者解除或重新订立劳动合同，而不需要按照经济性裁员的程序，提前一个月向工会或全体职工说明情况，听取意见，并将裁员方案向劳动行政部门报告。但根据《劳动合同法》，只要涉及较大规模地解除劳动合同，用人单位就必须提前向全体员工或工会披露有关方案，听取意见或进行平等协商，并且报告劳动行政部门后，才能够有条件、有选择地实施有关项目。

我们注意到，原《劳动法》规定的“客观情况发生重大变化”，在《劳动合同法》中被分别表述为“客观情况发生重大变化”以及“客观经济情况发生重大变化”。前者适用一般意义下的解除劳动合同的情况，后者则专门适用裁员规定。另外，根据新的规定，似乎用人单位在前者情况下与劳动者解除劳动合同，需要先与劳动者进行协商，但如果是后者，则不再需要经过这一程序。（参见第四十条、第四十一条）

## 十、关于经济补偿

劳动部在1994年发布的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》中，对如何计算经济补偿金制订了明确的规定。现在，《劳动合同法》对这一规定进行了较大调整，规定：劳动者月工资高于用人单位所在地区政府公布的上年度该地区职工月平均工资三倍的，其应得的经济补偿金额按该地区职工月平均工资的三倍标准乘以其在该用人单位的工作年限计算，并且在计算其工作年限时，最高不超过十二个月。这一调整将有助于用人单位减少在解除劳动合同或裁员时所支出的成本。但与此同时，《劳动合同法》又规定，当用人单位被认为违法解除或终止劳动合同时，其应向劳动者支付的赔偿金将按照经济补偿标准的两倍计



算。另外，我们还注意到，该法还规定，经济补偿应在用人单位与劳动者办结工作交接时支付。这样一来，“办结工作交接”将成为用人单位向劳动者有条件支付经济补偿的法律依据。（参见第四十七条、第八十七条、第五十条）

## 十一、关于劳务派遣

《劳动合同法》规定，劳务派遣单位和被派遣的劳动者之间应当订立两年以上的固定期限劳动合同，同时，劳务派遣单位与用工单位之间必须签订劳务派遣协议，劳务派遣协议不得分割订立期限。这一规定意味着劳务派遣协议期限的长短将只能由双方根据用工单位用工岗位的实际需要来确定。（参见第五十八条、第五十九条）

《劳动合同法》还规定用工单位不得将被派遣的劳动者再派遣到其他用人单位。被派遣的劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。并且被派遣的劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位组织或参加工会。当劳动者有过失性和非过失性解聘条件时，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位也可以因此与劳动者解除劳动合同。值得注意的是，《劳动合同法》将用工单位因劳动者出现非过失性解聘条件而将其退回劳务派遣单位的范围仅限制在劳动者患病超过医疗期以及劳动者不能胜任工作两种情况，似乎排除了用工单位有因客观情况发生重大变化或裁减人员将劳动者退回劳务派遣单位的权利。另外，该法也没有明确规定，劳务派遣单位和用工单位之间是否可以通过协商自行约定除法定条件以外的其他退回劳动者的条件。（参见第六十二条、第六十三条、第六十四条、第六十五条）

《劳动合同法》还规定，劳务派遣单位应当承担用人单位对劳动者的义务。但如果劳动者因劳务派遣单位违反《劳动合同法》遭受损害，劳务派遣单位应与用工单位承担连带赔偿责任。最后，该法还规定，劳务派遣一般仅在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。我们不太理

解这里所谓“一般”以及“临时性、辅助性或者替代性”等用语在法律上的确切含义，也许国家或省市一级的劳动行政部门将会对此做出解释。（第五十八条、第九十二条、第六十六条）

## 十二、关于适用时效

《劳动合同法》将从2008年1月1日起施行。根据该法规定，现在正在履行的劳动合同届时将继续有效，但不计入连续订立两次有固定期限的劳动合同后，用人单位必须与劳动者订立无固定期限劳动合同的法定要求内。《劳动合同法》施行时，如果用人单位和劳动者之间未订立书面劳动合同的，双方应当在一个月内订立。如果双方在施行之前已经订立了劳动合同，但将在施行之后解除或终止的，其经济补偿的标准将根据从新与从旧相结合的原则确定，即，施行之前的经济补偿将按照现行《劳动法》的标准执行，施行之后的经济补偿将适用《劳动合同法》的标准。（参见第九十七条）





君合  
专业版

君合之窗

# 物权法主要内容及有关问题的介绍 (上)

扈纪华<sup>1</sup>

2007年3月16日《中华人民共和国物权法》经十届全国人大五次会议审议通过。这部法律的制定历时13年，经全国人大及其常委会审议八次，是一部政治性、政策性及专业性都很强的法律。

## 一、制定物权法的必要性

物权法是规范财产关系的民事基本法律。物权法调整因物的归属和利用而产生的民事关系，包括明确国家、集体、私人和其他权利人的物权以及对物权的保护。

物权法上讲的物，主要指不动产和动产，不动产是指土地以及房屋、林木等土地定着物；动产是指不动产以外的物，比如汽车、电视机。物权是一种财产权，是权利人在法律规定的范围内对一定的物享有直接支配并排除他人干涉的权利，物权包括所有权、用益物权和担保物权。所有权是指权利人依法对自己的物享有全面支配的权利。用益物权是指依法对他人的物享有使用和收益的权利，比如农村土地承包经营权、建设用地使用权等。担保物权是指为了确保债务履行而设立的物权，当债务人不履行债务时，债权人依法有权就担保物的价值优先受偿，比如抵押权、质权、留置权等。物权法是确认财产、利用财产和保护财产的基本法，主要从民事角度明确物的归属即确认物是属于谁的，明确物的权利人对物的利用享有哪些权利，明确对物权如何保护，因物的归属和利用而产生的民事关系都适用物权法。

我国的民法通则、土地管理法、城市房地产管理法、担保法、农村土地承包法等法律对物权作了不少规定，这些规定对经济社会发展发挥着重要作用。为了适应改革开放和社会主义现代化建设的深入发展，顺应构建社会主义和谐社会的要求，有必要依据宪法，在总结实践经验的基础上制定物权法，对涉及物权制度



<sup>1</sup> 作者为《物权法》立法专家、全国人大法工委民法室副主任。本文为作者的讲座整理稿。



的共性和现实生活中迫切需要规范的问题作出规定，进一步明确物的归属，发挥物的效用，保护权利人的物权，完善中国特色社会主义物权制度。

## 二、制定物权的背景（经过）和总的原则

物权的起草工作始于1993年。2002年12月，物权法草案当时是作为《中华人民共和国民法（草案）》被全国人大常委会第31次会议进行了初次审议。该草案共9编，物权法是其中的一编。民法草案经常委会初审后，不少常委组成人员以及有关方面认为，民法涉及面广、内容复杂，如果一并研究修改则历时较长，因此以分编审议为宜，并认为当前应当抓紧制定物权法。2004年10月19日，十届全国人大常委会第12次会议对民法草案中的第二编物权法进行了第二次审议；2005年6月24日，十届全国人大常委会第16次会议第三次审议物权法草案；2005年7月8日全国人大常委会办公厅发出《关于公布〈中华人民共和国物权法（草案）〉征求意见的通知》，委员长会议决定，公布物权法草案全文，广泛征求意见，以便进一步研究修改后再提请以后的全国人大常委会审议。2005年10月十届全国人大常委会第18次会议第四次审议；2006年8月十届全国人大常委会第23次会议第五次审议；2006年10月十届全国人大常委会第24次会议第六次审议；2006年12月十届全国人大常委会第25次会议第七次审议；2007年3月十届全国人大常委会第五次会议第八次审议最终通过。

本届全国人大常委会对制定物权法高度重视，花了很大精力，做了大量工作，进行了六次审议。为了制定好这部法律，全国人大常委会坚持民主立法、科学立法。2005年7月将物权法草案向社会全文公布，共收到人民群众提出的意见1万多件，并先后召开100多次座谈会和几次论证会，还到一些地方进行专题调研，充分听取部分全国人大代表、基层群众、专家学者、中央有关部门等各方面的意见。在征求意见过程中，社会各方面提出了许多意见和建议。物权法立法开创了我国立法史上的审议之最。

制定物权法总的原则是：以邓小平理论和“三个代表”

重要思想为指导，全面贯彻落实科学发展观，坚持正确的政治方向，从我国的国情和实际出发，全面准确地体现和坚持社会主义基本经济制度；依据宪法和法律规定，对国家、集体和私人的物权给予平等保护；同时针对国有财产流失的情况，加强对国有财产的保护；全面准确地体现现阶段党在农村的基本政策，维护广大农民群众的利益；针对现实生活中迫切需要规范的问题，统筹协调各种利益关系，促进社会和谐。总之，制定物权法，必须坚持正确的政治方向，坚持物权法的中国特色，坚持一切从实际出发。遵循以上原则，吸收各方面的合理意见和建议，经常委会多次审议，对草案反复研究修改，在常委会第二十五次会议审议中，常委会组成人员对草案给予高度评价和充分肯定，高票通过了将草案提请十届全国人大五次会议审议的决定。十届全国人大五次会议审议通过。

## 三、物权法的主要内容及制定过程中争论的主要问题

### （一）关于坚持社会主义基本经济制度

中国特色社会主义物权制度是由社会主义基本经济制度决定的。与资本主义物权制度有本质的区别。在征求意见过程中，有的认为，我国是社会主义国家，公有制是主体，国有经济是国民经济中的主导力量，我国的物权法要突出保护公有制；有的认为，物权法属于私法范畴，要突出对私有财产的保护。

制定中国特色社会主义物权法，必须全面准确地体现社会主义基本经济制度，体现党的十六大提出的两个“毫不动摇”的精神。第一，物权法把坚持国家基本经济制度作为基本原则。第三条第一款、第二款明确规定：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。”“国家巩固和发展公有制经济，鼓励、支持和引导非公有制经济的发展。”这一基本原则规定作为物权法的核心，贯穿并体现在整部物权法的始终。第二，所有权是所有制在法律上的表现，是物权的核心和基础。物权法对国家所有权和集体所有权、



私人所有权作了明确规定，其中用较多的条款对国家所有权作了规定，有利于坚持和完善社会主义基本经济制度，有利于各种所有制经济充分发挥各自优势，相互促进，共同发展。第三，发展社会主义市场经济是坚持和完善社会主义基本经济制度的必然要求。物权法在明确规定“用益物权人、担保物权人行使权利，不得损害所有权人的权益”的前提下，对用益物权和担保物权作了规定，有利于充分发挥物的效用，有利于维护市场交易，促进经济发展。

## （二）关于平等保护国家、集体和私人的物权

物权法属于民法，民法的一项重要原则是对权利人的权利实行平等保护。所谓平等保护，是指物权主体在法律地位上是平等的，其享有的所有权和其他物权在受到侵害后，应当受到物权法的平等保护。平等保护原则充分体现了我国社会主义市场经济体制的特色。在西方国家，物权法是以维护私有财产为其主要功能，所以没有必要对所有权按照主体进行类型化，并在此基础上提出平等保护问题。但在我国，由于实行的是以公有制为主体、多种所有制经济形式共同发展的基本经济制度，因此在法律里规定平等保护原则对维护社会主义基本经济制度尤其具有意义。

在征求意见过程中，有的认为，平等保护是社会主义市场经济条件下的一项基本准则，物权法必须鲜明地体现这项原则；有的认为，公有制是主体，国有经济是国民经济中的主导力量，社会主义的公共财产神圣不可侵犯。我国的物权法要突出保护公有制，不能对国家财产、集体财产和对私人财产平等保护，不能制定一部促成私有化的法律。

物权法第三条第三款规定：“国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。第四条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”这些规定体现了平等保护原则。

宪法规定：“国家实行社会主义市场经济。”公平竞争、平等保护、优胜劣汰是市场经济的基本法则。在社会主义市场经济条件下，各种所有制经济形成的市场主体都在统一的市场上运作并相互发生关系，各种市场主体都处

于平等地位，享有相同权利，遵守相同规则，承担相同责任。如果对各种市场主体不给予平等保护，解决纠纷的办法、承担的法律 responsibility 不一样，那就不可能发展社会主义市场经济，也不可能坚持和完善社会主义基本经济制度。为适应社会主义市场经济发展的要求，党的十六届三中全会进一步明确要“保障所有市场主体的平等法律地位和发展权利。”即使不进入市场交易的财产，宪法也明确规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯”，“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”在财产归属依法确定的前提下，作为物权主体，不论是国家或集体，还是私人，都应当给予平等保护。否则，当不同权利人的物权受到同样的侵害，国家的、集体的应当多赔，私人的可以少赔，这势必损害群众依法创造和积累财富的积极性，不利于民富国强、社会和谐。国家保护的私人财产，当然是合法的财产，非法取得的财产非但不受法律保护，还要承担相应的法律责任，物权法正是这样规定的。

平等保护体现的内容是：第一，市场主体的法律地位是平等的；第二，所有民事主体所遵守的规则是平等的；第三，对所有物权主体的保护是平等的。但平等保护不是指在所有的法律关系上的地位平等。法律关系可分为政治、行政、刑事、民事等，平等保护不是指公有制与非公有制经济在国民经济中的地位和作用相同的。（物权法指的是不同所有制经济中的民事主体的平等；而作用和地位不同指的是所有制经济）。根据宪法规定，公有制经济是主体，国有经济是主导力量，非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分，他们在国民经济中的地位和作用是不同的。这主要体现在国家宏观调控、公共资源配置、市场准入等方面，对关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域，必须确保国有经济的控制力，而这些由经济法、行政法进行规定。

## （三）关于国有财产

物权法对国有财产的范围、国家所有权的行使以及对国有财产的加强保护等作了明确规定。

1、关于国有财产的范围。物权法依据宪法和法律明



明确规定国有财产包括：属于国家所有的自然资源，属于国家所有的基础设施，国家机关和国家举办的事业单位的财产等，并规定，国家出资的企业，由国务院、地方政府依照法律、行政法规规定分别代表国家履行出资人职责，享有出资人权益。从法律上进一步明确属于国家所有的资源性、经营性财产的范围，对于发展壮大国有经济，增强国家的经济实力，发挥社会主义制度的优越性，具有关键性作用。在征求意见过程中，有观点认为，物权法具体列举的国有财产不够全面，建议增加规定空域、航道、无居民岛屿、种质资源等属于国家所有。考虑到国有财产的范围很宽，难以逐项列全，物权法第四十四条第一款作了概括性的规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。”这样，物权法没有明确列举的，可以在制定或者修改有关法律时作出具体规定。

2、关于国家所有权的行使问题。由谁代表国家行使国家所有权？根据宪法规定，全国人民代表大会是最高国家权力机关，国务院是最高国家权力机关的执行机关。全国人民代表大会代表全国人民行使国家权力，体现在依法就关系国家全局的重大问题作出决定，而具体执行机关是国务院。因此，具体行使国家所有权的是政府，而不是人大。土地管理法、矿产资源法、草原法、海域使用管理法等法律已经明确规定由国务院代表国家行使所有权，这也是现行的管理体制。物权法第四十四条第二款规定：“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。”这样规定，既符合人民代表大会制度的特点，也体现了党的十六大关于国家要制定法律法规，建立中央政府和地方政府分别代表国家履行出资人职责，享有所有者权益的国有资产管理体制的要求。全国人民代表大会通过立法授权国务院代表国家行使国家所有权，体现了全国人民代表大会的性质及其行使职权的特点。政府代表国家行使所有权，应当依法对人大负责，受人大监督。

3、关于对国有财产的保护问题。宪法第十二条规定：“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”，“国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产”。在现实生活中，受到

侵害最严重的是国有财产。针对当前国有财产流失的实际情况，物权法在坚持平等保护原则的基础上，从五个方面强化了对国有财产的保护。一是明确国有财产的归属。第四十四条第一款规定：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有”，并规定了哪些财产属于国有财产，防止因归属不明确而造成国有财产流失。二是明确属于国家的财产任何单位与个人不能取得所有权。第四十一条规定：“依照法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权。”第四十条规定：“用益物权人、担保物权人行使权利，不得损害所有权人的权益。”三是明确规定国家财产不得侵害。第五十六条规定：“国家所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。”四是在法律中列明侵害行为。针对国有企业资产流失的问题，第五十七条第二款规定：“违反国有财产管理规定，在企业改制、合并分立、关联交易等过程中，低价转让、合谋私分、擅自担保或者以其他方式造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。”五是明确规定有关单位与个人对国有财产的监管责任。针对国有资产监管中存在的问题，第五十七条第一款规定：履行国有财产管理、监督职责的机构及其工作人员，“滥用职权，玩忽职守，造成国有财产损失的，应当依法承担法律责任。”物权法这些规定，体现了宪法关于加强对社会主义公共财产保护的精神，具有重要的现实意义。贯彻实施宪法的上述规定，不仅是物权法的任务，也是经济法、行政法、刑法等相关法律的共同任务，各个部门法通过各自的调整范围和规范，来实现宪法的规定。

4、国家机关、国家举办的事业单位的物权。物权法第五十三条规定：“国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。”第五十四条规定：“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利。”国家机关和国家举办的事业单位应当依照民法通则和事业单位登记管理暂行条例的有关规定，对其直接支配的财产行使占有、使用、收益和处分的权利，不得擅自处置国有财产。

5、国家出资的企业的物权。物权法对国家出资的企业，从两个方面作了规定。一是从市场主体的角度对企业的权益作出规定。第六十八条第一款规定：“企业法人对其不动产和动产依照法律、行政法规以及用章程享有占有、使用、收益和处分的权利。”这是从企业法人作为市场主体的角度，对不同市场主体之间的关系作出的规定。企业法人包括国有企业作为市场主体，应当有独立的财产，独立承担民事责任。同时，企业法人应当依照法律、行政法规以及用章程的规定对其财产行使占有、使用、收益和处分的权利，不能损害国家作为出资人享有的权益。二是从出资人的角度作出规定。第六十七条规定：“国家、集体和私人依法可以出资设立有限责任公司、股份有限公司或者其他企业。国家、集体和私人所有的不动产或者动产，投入到企业的，由出资人按照约定或者出资比例享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。”这是从出资人的角度作出的规定。国家作为出资人，享有资产收益、重大决策以及选择经营管理者等权利并履行义务。也就是说，国家出资的企业，企业经营管理者无权决定依照有关法律、行政法规以及企业章程的规定应当由国家作为出资人决定的事项，不得擅自处分企业财产。

#### （四）关于集体财产

1、农村集体财产。物权法依据宪法和现阶段党在农村的基本政策，在第一百二十四条第一款明确规定：“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”，并专章分别规定了“土地承包经营权”和“宅基地使用权”。农村实行土地承包经营制度是我国将长期坚持的一项基本制度，为了赋予农民长期而有保障的土地使用权，让农民吃“定心丸”，物权法第一百二十六条第二款规定：耕地、草地或者林地的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家规定继续承包。关于土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押能否放开的问题，现行法律和国家有关加强土地调控的文件中对土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押区别不同情况作了不同规定。我国地少人多，应当实行最严格的土地管理制度。考虑到目前

我国农村社会保障体系尚未全面建立，土地承包经营权和宅基地使用权是农民安身立命之本，从全国范围看，放开土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押的条件现在尚不成熟。特别是农民一户只有一处宅基地，这一点与城市居民是不同的。农民一旦失去住房及其宅基地，将会丧失基本生存条件，影响社会稳定。为了维护现行法律和现阶段国家有关农村土地政策，也为今后修改有关法律或者调整有关政策留有余地，物权法第一百二十八条规定：“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定，采取转包、互换、转让等方式流转。”第一百五十三条规定：“宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。”

2、城镇集体财产。在征求意见过程中，有观点要求明确城镇集体财产归本集体成员集体所有，并加强对集体财产的保护。我国的城镇集体企业是上世纪五十年代以来逐步形成的。在几十年的进程中，几经发展变化，有些集体企业是由国有企业为安排子女就业、知识青年回城设立的，有些是在国企改革中为分离辅业、安置富余人员设立的。近些年来，城镇集体企业通过改制又发生了很大变化。按照党的十六大以来的精神，目前城镇集体企业改革还在继续深化。鉴于这种历史的和现实的情况，而且城镇集体财产不象农村集体财产属于本集体成员集体所有那样清晰、稳定，城镇集体企业成员也不象农村集体经济组织成员那样相对固定，因而难以不加区别地规定为城镇集体财产属于本集体成员集体所有。物权法第六十一条对城镇集体财产从物权的角度作出原则规定：“城镇集体所有的不动产和动产，依照法律、行政法规的规定由本集体享有占有、使用、收益和处分的权利。”这样规定，符合当前实际情况，也为今后深化改革留下空间。为了保护集体财产，物权法第六十三条第一款规定：“集体所有的财产受法律保护，禁止任何单位和个人侵占、哄抢、私分、破坏。”

（待续）





# 关于德国证券交易所及中国境内企业到德国上市相关法律问题的讲座

阮宇星



2007年7月13日，德意志交易所股份有限公司(Deutsche Börse AG)的Alexander Graf von Preysing伯爵(发行人与投资人市场部高级副总监)及阮宇星先生(发行人与投资人市场部副总监)在君合律师事务所做了“关于德意志交易所及中国境内企业到德国上市相关法律问题”的演讲。

## 基本情况

根据二位主讲人的介绍，德意志交易所集团的历史可以追溯到1585年法兰克福证券交易所的成立。1820年，法兰克福首次出现证券交易，1992年德意志交易所成立，2001年德意志交易所股份公司上市，并于2003年推出一般市场和高级市场板块，于2005年推出初级市场板块。

目前德意志交易所的发行者来自全球70个国家和地区，其代表处遍布欧洲、北美和亚洲的16个国家和地区。分析家预测，2007年德意志交易所的总收入和税前利润将分别达到20.6亿欧元和11.02亿欧元，居全球各证券交易所首位；就国内总市值而言，德意志交易所排名全球第六位；就国内平均市值而言，其排名全球第三位，仅次于纽约证交所(NYSE)和泛欧交易所(Euronext)。

## 优势

据主讲人介绍，随着上市平台的国际化，2006年，德意志交易所拥有25%的国际上市。210次上市中有42次来自德国境外，其中有14次来自欧盟境外。适于在德意志

交易所上市交易的企业类型为：1) 欧洲(或德国)主导行业(如汽车、工程机械等)的企业；2) 中型企业(即对于初级市场而言，融资额在5百万欧元至1亿欧元之间；对于一般市场及高级市场而言，融资额在1亿欧元以上)；3) 拟在欧洲(或德国)提高企业战略定位(即通过自身或合作，将欧洲销售市场定为目标)的企业。

相对于世界其他地区的证交所，德意志交易所的优势主要在于：1) 流通性较高，涉及全球投资者；2) 上市与挂牌交易的效率较高，成本较低；3) 能够更好地发掘公司的业务潜力，赢得欧洲客户；4) 获取收购与并购所需的欧元货币支持；5) 企业可以选择适合自身条件的市场板块。此外，在萨班斯-奥克斯利法案施行后，在美国上市的门槛过高，这使得众多企业纷纷转向欧洲市场，另辟蹊径。

对于上市规则，德意志交易所所有三种市场透明度标准板块可供企业选择，即：初级市场、一般市场和高级市场。其中，初级市场属于公开市场(即自由交易市场)，受交易所的监管，而不受欧盟的监管；而一般市场和高级市场，属于欧盟监管市场，受制于欧盟的监管。

具体而言，交易所监管的市场(即初级市场)要求上市企业应至少成立满一年(特殊情况例外)，但对企业最低发行市值、发行量无限制。企业需遵守有关限制内部交易、限制市场滥用、招股说明书方面的规则。如进入欧盟监管的市场(即针对一般市场和高级市场)，企业应至少成立满三年(获得特殊许可者例外)，最低市值应达到125万欧元，最少发行1万股。企业需遵守有关IFRS(International Financial Reporting Standards, 国际财务报告准则)年度(或半年度)报告、董事交易披露、即时公众宣传、股东股份报告及并购方面的规则。

上述板块系根据企业的不同规模而制定的，其中，初级市场的市值区间为1千万至2.5亿欧元，平均市值为7800万欧元；一般市场的市值区间为1千万至53亿欧元，平均市值为3.14亿欧元；高级市场的市值区间为6千万至700亿欧元，平均市值为22亿欧元，企业可以根据所处生命周期的不同位置，选择不同的市场。其中，对于年轻企业，可以选择初级市场，作为进入资本市场的第一步。

就初级市场板块而言，其自2005年10月份设立以来，其发展非常迅速。它作为通往资本市场的门户和入市第一步，以简捷、快速、低成本、相对较低准入要求等方面的优势，成为了除欧盟监管市场外众多企业的另一个市场选择。截至2007年3月，已有90家企业选择了初级市场，该板块总市值达59亿欧元，平均市值为7800万欧元。

在上市成本方面，德意志交易所的优势体现在低成本、透明度与可预见的入市和上市后费用等方面，其入市费用在欧洲各交易所中排名最低。在每一市场板块内，其对所有的发行者都是同样的收费，不与市值挂钩；此外，收费数额受法律限制，不会出现意外的增加。一般而言，对于入市费，初级市场为750欧元至1,500欧元之间，一般市场和高级市场为2,500欧元(挂牌交易许可证)或3,000欧元(上市证券)；对于年费，初级市场为每年5,000欧元，一般市场和高级市场为每年7,500欧元，高级市场为每年10,000欧元。

在中介费用方面，对于初级市场，前期尽职调查费用为10-40万欧元，招股说明书费用为5-20万欧元，银行发行费用为3-7%，上市后续费用为每年5-10万欧元；对于一般市场和高级市场，前期尽职调查费用为20-40万欧元，招股说明书费用为10-20万欧元，银行发行费用为2-6%，上市后续费用为至少每年25万欧元。

## 中国概念企业

主讲人介绍，如今越来越多的中国企业转向欧洲市场，并选择了德意志交易所。截至目前，已有4家中国企业成功在德意志交易所上市。

首家在德意志交易所上市的中国概念企业为工友机械有限公司(下称“工友机械”)。工友机械注册于新加坡，其工厂位于中国山东省威海市，主要从事木工机床和电机生产。工友机械于2007年3月30日在公开市场板块上市，私募融资额450万欧元，发行银行为VEM Aktienbank AG集团的子公司TradeCross，由明讯国际结算托管行进行结算与托管业务，并由新加坡DBS Bank从事妥善保管与资产服务。工友机械首日开盘价格为3.20欧元，首日收盘价格



为3.95 欧元，首日交易额为211万欧元。根据统计，工友机械的交易量是英国AIM (Alternative Investment Market, 另类投资市场) 市场中国企业平均交易量的5倍，换手率是AIM市场中国企业平均交易量的10倍。

第二家在德意志交易所上市的中国概念企业为中德环保技术股份公司 (ZhongDe Waste Technology AG, 下称“中德环保”)。这家公司同时也是第一家在高级市场板块上市的中国概念企业。中德环保注册于德国汉堡，整个中德集团主要从事医药、城市和工业垃圾 (包括危险垃圾) 的焚化设备和旋转式焚烧装置的设计、生产和安装处理。自从1996年建立以来，中德集团已经向中国13个省的客户销售了170多台垃圾焚化设备，是中国中小型垃圾燃烧设备的主导供应商。中德环保于2007年7月6日在高级市场上市，发行量为1亿欧元，发行银行为奥本海默银行、中银国际、里昂信贷及巴伐利亚股份银行，发行价格为26.00 欧元，首日开盘价格为30.00欧元，首日收盘价格为31.50 欧元，首日交易额达3,995万欧元。中德环保的股票同时在法兰克福柜台以及电子交易系统Xetra进行交易，其中95% 分销给了国际机构投资者 (其中德国、比利时、卢森堡、荷兰、法国、奥地利和瑞士共占55%，英国占25%，香港占20%)，剩余的5%股票分配给个人投资者。

### 上市流程细节问题

根据主讲人的介绍，如中国企业拟赴德意志交易所上市，其将得到德意志交易所全球合作伙伴的全方位服务，从融资顾问到投资银行，从律师到会计师，从保险到公共关系。其中，对于法律服务，每个企业均应聘请一家中国律师事务所及一家德国律师事务所提供法律服务。中国律师事务所就中国法律问题完成尽职调查并发表法律意见后，转交给德国律师事务所，由该德国律师事务所将中国律师的意见反映到招股说明书中，而不是由中国律师事务所直接将法律意见书递交给德意志交易所。此外，德意志交易所已经与中国证监会签署了合作谅解备忘录。公司可以用英文向德意志交易所提供相应的文件并进行沟通。符

合欧盟要求的在其他证券交易所上市的招股说明书，可用在德意志交易所。德意志交易所受联邦金融监管局 (BaFIN) 的直接管理，BaFIN对公司上市资格及招股说明书的审查最多不超过25个工作日。特别是初级市场，非常简单、灵活，在3个月内就能完成IPO。

讲座结束后，德意志交易所股份有限公司的二位主讲人及君合律师事务所的合伙人均表示，双方愿意在该领域开展进一步合作，为中国企业赴德上市提供进一步服务。





三方代表在加盟及签字仪式上握手



参加2007年5月21日加盟及签字仪式的部分合伙人和律师合影。

自2007年5月1日起，君屹律师事务所的下列合伙人和律师集体加入君合律师事务所：资深合伙人：郑淑君；合伙人：袁家楠、周军、覃宇、解宇、王健刚、刘世坚；顾问：王菁华；律师：黄山、李勇、程远、黄晓亮、郭琰、王领、蒋斌、陈标冲、孙丕伟。君屹团队的加入将进一步壮大君合基础设施，项目融资和工程建设、金融、争议解决和其他公司业务领域。

自2007年6月15日起，刘定发律师加盟君合，成为君合合伙人。刘定发律师是一位资深的税务专家和经验丰富的公司业务律师，他带来的两位资深律师为基础，并利用君合现有资源，建立一个全所范围的税务业务团队。



参加2007年12月6日庆祝酒会部分合伙人合影

2007年12月6日下午，君合律师事务所在其总部所在地北京华润大厦的顶层北京美洲俱乐部举办酒会，庆祝资深顾问张月姣律师当选世界贸易组织(WTO)常设上诉机构法官，同时庆祝资深顾问刘驰律师当选国际体育仲裁院2008年北京奥运会临时仲裁庭仲裁员。