

两岸律师在跨境企业并购业务的合作

郭清宝**

- 壹、前言（ECFA 下之两岸投资）
- 贰、台湾对于陆资来台之并购及相关法律环境分析
- 叁、台资前往大陆并购之风险及一般陷阱类型初探
- 肆、两岸律所对于并购风险如何避免及合作机制
- 伍、结论与建议

壹、前言（ECFA 下之两岸投资）

1988 年起大陆国务院关于《鼓励台湾同胞投资的规定》以及《中华人民共和国台湾同胞投资保护法(1994. 3. 5) 及其《施行细则》，台资就已经大量进入大陆进行各式投资，今年大陆商务部、国台办于 5 月 17 日联合发布《关于大陆企业赴台湾地区投资或设立非企业法人有关事项的通知》，首度明确大陆企业赴台投资办理程序。大陆商务部将按照今年颁布的“境外投资管理办法”负责赴台投资或设立非企业法人的核准任务。地方企业由所在地省级商务主管部门向商务部提出申请，中央企业向商务部提出申请。相关企业在台湾注册后 15 个工作日内报商务部和国台办备案。而 2009 年台湾出现前所未有之热点，那就是开放陆资来台并且颁布《大陆地区人民来台投资许可办法》及《大陆地区之营利事业在台设立分公司或办事处许可办法》可见两岸之投资热络将是可预期。关于两岸签署 ECFA¹ 对台湾的利弊得失，不同意见纷纭，但签署这样的协议还是好事。海峡两岸关系协会与海峡交流基金会为于南京举行的第三次陈江会，于今年四月中旬在台北的会前会针对两岸经济合作架构协议（ECFA）初步交换了意见，但并未将两岸洽签经济合作架构协议（ECFA）纳入议题。台湾领导马英九

** 郭清宝 台湾律师/中国国际经贸仲裁委员会、郑州仲裁委员会仲裁员/华东政法大学法学博士
¹暂订为「两岸经济合作架构协议」，是规范两岸之间经济合作活动之基本协议，正式的中、英文名称需等未来两岸双方协商后才能确定，目前暂时的英文名字为 ECFA (Economic Cooperation Framework Agreement)。

先生表示，兩岸签订ECFA 不会一次性解决所有问题，而是采取渐进做法，避免台湾若干产业受到伤害；此一架构协议可以分很长、分好几年，甚至五年來完成。温家宝总理在博鳌論壇中对台湾针对兩岸的经济合作协议，提出十六字「面向未來，捐弃前嫌，密切合作，携手并进」來做回应。海峡兩岸的领导人，针对有利于兩岸在全球经济与区域经济竞争力的提升方面是有合作发展的共識，此亦必须落实在地方经济体能量的提升。²

貳、台湾对于陆资来台之并购及相关法律环境分析

由于过去数十年来，大陆经过 4 次之宪法修正，将经济发展以及社会主义法治做为施政之重要发展。而经济改革及市场之开放，更以配套之税收优惠政策等，吸引全球资金，当然台湾资金及技术等亦是极重要作用。磁吸是会失衡 (failure)，台湾之产业仍有其之市场价值及潜力，因此，全球投资者对于台湾市场仍将之作为一重要市场。台湾政府对于吸引外资投资，是采取鼓励等之政策，但是仍须为一定之制约及管制 (regulation)。当然陆资来台除前揭提及之特别规定外，其它相关之企业并购法、公司法、劳动法及智能财产法规及公平竞争法等，均成为制约企业活动于市场活动中之准绳。至于两岸关系之互动，对于陆资来台是否会因领导者之意识形态不同而有所严格及宽松之调整，此一定是陆资企业最关心之政治风险议题，这同样是台湾到大陆之投资企业所关心之政治风险议题。因此，提笔至此，笔者如果把所有投资风险都归因之唯一政治风险，则企业者将永远踌躇不前，事实上企业经营者之远景及洞悉力，也是令人赞佩。唯无论如何，大陆及台湾均值得投资。但是仍须有完整法律框架，以避免将来之风险。如 2009/9/24 台湾媒体报导，永丰金银行可能成为陆资参股之对象³。准此，陆资来台进行投资及并购会是几年之热点。

一、陆资来台投资并购之法律环境分析

(一)、公平交易法分析

²王鳳生/ ECFA 下推動海峽兩岸經貿特區產業合作發展之機會 2009

³经济日报 2009-06-15 大陆排名前十大之民生银和浦发银最近来台探路，有意参股永丰金控。永丰金规划，未来由潜在陆银伙伴参股永丰金约 20%后，再与陆银伙伴于大陆合资设金融机构或入股大陆的银行，以引进陆资方式壮大登陆发展实力。

投资方式可以成立可以采取直接投资(FDI)、并购模式及进行设立分公司等,而并购行为乃属台湾公平交易法第 11 条规定的结合行为,依台湾公平交易法之规定是必须申请许可,为何必须申请许可,乃因为并购之行为,将形成产业集中度提高,甚至形成市场寡占、垄断以及限制竞争等情形。因此,并购之企业结合行为,必须符合「整体经济利益>限制竞争之不利益」⁴,公平交易委员会方许可结合,因此,企业进行并购之策略时,必须详细评估市场结构以及产业集中度之情形,例如台湾知名产业联华电子股份有限公司与其关系企业合泰半导体、联诚集成电路、联嘉集成电路、联瑞集成电路之合并案(号称「联电五合一」),即说明并购过程中,应注意公平交易法规范相关之市场结构及集中度问题。

(二)、公司法分析

1、合并类型分析

1) 合并契约及决议:(公司法第 172、316、317 之 1 条)

各该公司董事会作成合并契约提交股东会决议(不得列临时动议且必须经由股东会之重度特别决议)

2) 少数股东股份收买请求权:(公司法第 317、186、187、188 条)

就合并案异议股东得于股东会前或集会中以书面或口头经记录表示异议,请求依公平价格收买其股份,并于决议后 20 日内提出记载股份种类及数额之书面,公司应于决议后 90 日内支付价款。因此,异议之股东必需注意程序及时效问题。

3) 履行保护公司债权人程序:(公司法第 319、73、74 条)

合并公司各自编造资产负债表及损益表;向债权人分别通知及公告,若债权人有异议时,公司应清偿或供担保。参公司法第 73 条第二项规定:「公司为合并之决议后,应即向各债权人分别通知及公告,并指定三个月以上期限,声明债权人得于期限内提出异议。」,此际公司应对提出异议之债权人为清偿或提供担保(公司法第 74 条第一项)又如果公司负责人违反公

⁴ 大陆《反垄断法》第二十八条 经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。但是,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

司法第 73 条第二项及第 74 条第一项时，将遭到刑事之罚金 及徒刑之处罚。

4) 公司合并之后续动作：(公司法第 318、398、426 条)

召开股东会或创立会为合并事项报告变更或订立章程，15 日内办理合并或解散登记。

5) 公司之解散：(公司法 315)

与他公司合并为被并公司解散事由之一

6) 合并之效果：(公司法 75) 一概承受

因合并而消灭公司其权利义务应由合并后存续或另立之公司承受。

2、资产收购分析

1) 让与或受让主要营业或财产(公司法第 185 条)，应经已发行股份总数三分之二以上股东出席，出席股东过半数同意行之

2) 留意少数股东并有股份收买请求权(公司法第 187、188 条)

3) 注意公开发行公司取得或处分资产处理要点之特别事项

3、股权收购分析

1) 设立登记后一年内不得转让：

发起人股份转让之禁止⁵(公司法第 163 条)

2) 投资总额之限制：(公司法第 13 条)

除章程另规定，不得超过实收资本额 40%⁶

3) 董监事应尽善良管理人注意义务、忠实义务；继续一年以上，持股 5% 以上之股东得以书面请求监察人对董事提起诉讼控制公司之赔偿责任

4) 关系企业之规范：(公司法第 369 之 4、369 条之 12 条)

⁵ 公司股份之转让，不得以章程禁止或限制之，但非于公司设立登记后不得转让。发起人之股份非于公司设立登记一年后，不得转让。

⁶ 公司不得为他公司无限责任股东或合伙事业之合伙人；如为他公司有限股东时，其所有投资总额，除以投资为专业或公司章程另有规定或经依左列各款规定，取得股东同意或股东会决议者外，不得超过本公司实收股本百分之四十：

一、无限公司、两合公司经全体无限责任股东同意。

二、有限公司经全体股东同意。

三、股份有限公司经代表已发行股份总数三分之二以上股东出席，以出席股东表决权过半数同意之股东会决议。

公司因接受被投资公司以盈余或公积增资配股所得之股份，不计入前项投资总额。

公司负责人违反第一项规定时，各科新台币六万元以下罚金，并赔偿公司因此所受之损害。

股权收购后，则易形成公司法所规范之关系企业等集团企业情形，因此，必须注意关系企业之相关规范，此部份，应参考公司法第 369 条以下以及编制合并营业报告书及合并财务报表之规定。

(三) 证券交易法分析

1、持股申报(证交法第 43-1 I 条)

取得已发行股份总额 10%以上应于 10 日内向证期会申报

2、公开收购股权(证交法第 43-1 II 条)

不经集中市场或 OTC 对非特定人公开收购则须经证期会核准

3、征求委托书

依公开发行公司出席股东会使用委托书规则办理

4、重大讯息揭露、公开财务预测(证交法第 36 II 条、重大讯息记者会及股市观测站信息系统揭露、公开发行公司财务预测信息公开体系实施要点第 2 及 13 条)收购股东会或合并后之临时股东会一个月后及次一年度继续公开

5、内线交易规范(证交法第 157-1 条)⁷

6、募集发行有价证券(证交法第 22-1 条；发行人募集及发行有价证券处理准则)依据发行人募集及发行有价证券处理准则第七、八及十二条检视申报生效或申请核准以及退回或不核准之认定

7、无影响市场秩序及或损害公益之虞者(证交法第 156 条)

⁷ 第一百五十七条之一（不得为股票买入或卖出之人及其违反之效果）：

左列各款之人，获悉发行股票公司有重大影响其股票价格之消息时，在该消息未公开前，不得对该公司之上市或在证券商营业处所买卖之股票，买入或卖出：

- 一、该公司之董事、监察人及经理人。
- 二、持有该公司股份超过百分之十之股东。
- 三、基于职业或控制关系获悉消息之人。
- 四、从前三款所列之人获悉消息者。

违反前项规定者，应就消息未公开前其买入或卖出该股票之价格，与消息公开后十个营业日收盘平均价格之差额限度内，对善意从事相反买卖之人负损害赔偿赔偿责任；其情节重大者，法院得依善意从事相反买卖之人之请求，将责任限额提高至三倍。

第一项第四款之人，对于前项损害赔偿，应与第一项第一款至第三款提供消息之人，负连带赔偿责任。但第一项第一款至第三款提供消息之人有正当理由相信消息已公开者，不负赔偿责任。

第一项所称有重大影响其股票价格之消息，指涉及公司之财务、业务或该证券之市场供求，对其股票价格有重大影响，或对正当投资人之投资决定有重要影响之消息。

第二十二條之二第三項之規定，於第一項第一款、第二款准用之；第二十條第四項之規定，於第二項從事相反買賣之人准用之。

8、上市上柜公司合并应注意事项(89.02.16(89)台财证第00482号函)

(1) 公开前保密

(2) 信息公开揭露之时点、方式及内容

(3) 换股比例订定及变更专家出具意见并报股东会

(4) 同一天召开董事会及股东会决议合并事项

(5) 拟再与其它公司合并, 部份已完成之程序须重新来过

(四)、促进产业升级条例分析

依促进产业升级条例第13条规定(对于为促进合理经营项目核准合并事业之税捐减免):「公司为促进合理经营, 经经济部项目核准合并者, 依左列各款规定办理:

一、因合并而发生之印花税及契税一律免征。

二、原供该事业直接使用之用地随同一并移转时, 经依法审核确定其现值后, 即予办理土地所有权移转登记, 其应缴纳之土地增值税, 准予记存, 由合并后之事业于该项土地再移转时, 一并缴纳之; 合并之事业破产或解散时, 其经记存之土地增值税, 应优先受偿。

三、依核准之合并计划, 出售原供该事业直接使用之机器、设备, 其出售所得价款, 全部用于或抵付该合并计划新购机器、设备者, 免征印花税。

四、依核准之合并计划, 出售原供该事业直接使用之厂矿用土地、厂房, 其出售所得价款, 全部用于或抵付该合并计划新购或新置土地、厂房者, 免征该合并事业应课之契税及印花税。

五、因合并出售原供该事业直接使用之工厂用地, 而另于工业区、都市计划工业区或于本条例施行前依奖励投资条例编定之工业用地内购地建厂, 其新购土地地价, 超过原出售土地地价扣除缴纳土地增值税后之余额者, 得向主管稽征机关申请, 就其已纳土地增值税额内, 退还其不足支付新购土地地价之数额。

六、前款规定于因生产作业需要, 先行购地建厂再出售原工厂用地者, 准用之。

前项第三款至第六款机器、设备及土地厂房出售及新购置, 限于合并之日起

二年内为之。」

因此，依据促进产业升级条例所为之并购行为，所获得之优惠显然提供极佳诱因，是一值得规划及利用的工具，而法律不再仅具有制约功能，反而具有策略规划之功能。

(五)、劳动基准法分析

1、员工之资遣及留用（劳基法第 16、17、20 条）

人力资源之重要于合并案中，更彰显其意义，前面提及并购动机之一乃为藉由并购获得优质技术人才以提升管理绩效（如被并购公司之人力资源【Human Resources】丰富），然而文化差异却是并购纠纷之主要原因，而劳动基准法第 20 条规定：事业单位改组或转让时，除新旧雇主商定留定之劳工外，其余劳工应依第 16 条规定期间预告终止契约，并应依第 17 条规定发给资遣费。其留用劳工之工作年资，应由新雇主继续予以承认。然观公司合并是否属于劳基法之事业改组或转让？1985 年 10 月 19 日台湾司法院第一厅研究意见认为公司合并时即发生劳基法 20 条之事业改组情形，因此得以发现大部分合并契约均会载明劳工资遣留用之问题⁸。如台湾集成电路（股）公司合并德基及世大公司之合并契约（兹参考：「八、台积电得聘雇经台积电同意任用之世大公司员工，并承认所留用员工于合并基准日前依劳动基准法规定任职世大公司之年资，惟其余聘雇条件则应依台积电之规定，并由台积电与上述留用员工另行签订聘雇合约。」

(七)、智慧财产权法规分析

智慧财产权一般是包含专利权、商标权、著作权等权利，特别是目前市场上以科技主导之电子、软件行业更是以拥有专利及著作权之独占性保护，同时

⁸台湾企业并购法第16条：并购后存续公司、新设公司或受让公司应于并购基准日三十日前，以书面载明劳动条件通知新舊雇主商定留用之劳工。該受通知之劳工，應於受通知日起十日內，以書面通知新雇主是否同意留用，屆期未為通知者，視為同意留用。前項同意留用之劳工，因個人因素不願留任時，不得請求雇主給予資遣費。留用勞工於併購前在消滅公司、讓與公司或被分割公司之工作年資，併購後存續公司、新設公司或受讓公司應予以承認。

形成公司品牌及商标之高价性，台湾之电子行业如鸿海、台积电、联电、宏碁等公司之市场价值，已经是智能财产权之价值。是并购过程中智慧财产权分析极为重要且应着重二个方面：（一）智慧财产权之未来前瞻性（二）智能财产权之价值评估。

（八）、企业并购法（2002年2月6日）

- 1、公司之并购，依本法之规定；本法未规定者，依公司法、证券交易法、促进产业升级条例、公平交易法、劳动基准法、外国人投资条例及其它法律之规定。（该法第2条）
- 2、公司进行并购时，得以股东间书面契约或公司与股东间之书面契约合理限制（该法第11条）
- 3、公司合并契约应以书面为之，并应记载应有之事项（该法第22条）
- 4、公司以概括承受或概括让与方式进行收购之程序（该法第27条）
- 5、并购所生之租税减免（该法第34条）

叁、台资前往大陆并购之风险及一般陷阱类型初探

一、大陆外资投资及并购之法律概况

2002年起的并购相关法规有：《指导外商投资方向规定》（2002.4）《外商投资产业指导目录》（2002.4）、《外资参股证券公司设立规则》（2002.4）、《外商投资产业指导目录》（2002.4）、《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》（2002.11.7）、《关于向外商转让上市公司国有股和法人股有关问题的通知》（2002.11.4）、《上市公司股东持股变动信息披露管理办法》（2002.9.28 发布，2002.12.1 施行）、《上市公司收购管理办法》（2002.9.28）、《证券投资基金销售活动管理暂行规定》（2002.9.18）、《关于改进代办股份转让工作的通知》（2002.8.29）、《关于进一步完善境外上市外汇管理有关问题之通知》（2002.8.5）、《国家外汇管理局、中国证监会关于进一步完善境外上市外汇管理有关问题之通知国有资产评估管理若干问题的规定》（汇发[2002]77号 2002.8.5）、《关于上市公司增发新股有关

条件通知》（汇发[2002]55号，2002.7.24）、《利用外资改组国有企业暂行规定》（2002.11.8）。

2003年3月7日对外贸易合作部、国家税务总局、国家工商行政管理总局、国家外汇管理总局联合发布《外国投资者并购境内企业的暂行规定》，随后在2004年的商务部颁布第8号令《外商投资商业领域管理办法》和第22令《关于外商投资举办投资性公司的规定》，对外商投资的细则进行了进一步规范，同年商务部与发改委协同颁布了24号令《外商投资产业指导目录》，到2006年《外国投资者并购境内企业的暂行规定》已由中国商务部第7次部务会议修订通过，并由商务部、国有资产管理委员会、税务局、工商行政管理总局、证券监督管理委员会和外汇管理局联合发布《关于外国投资者并购境内企业的规定》，并自2006年9月8号开始施行。《中华人民共和国反垄断法》终于在2007年8月30日，十届全国人大常委会第二十九次会议表决通过，将于2008年8月1日起施行，2009年5月24日大陆商务部、反垄断局《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》

二、风险无法趋避所生陷阱类型种类：

陷阱发生，有具体显现于契约书中者，有者为成本及信息不完整；有者为当事人对于条款的陌生；有者专业不足所生的自陷错误，本文认为可以加类型化为如下几种形式：

1. 财务型—换股比例的陷阱

换股比例为合并契约最重要的部份之一，究竟主并公司与消灭公司的股东权益为1股换1股？或是1股换2股？涉及的层面，非常广泛，而换股比例的计算考虑因素，以及计算方法是避免换股比例陷阱的最佳工具，简单介绍如后：

一、换股比率

（一）、计算换股比率考虑因素

1、资产应适当评估其现时价值，主要项目如下：

应收帐款、票据及其它应收债权应评估其可收回性。存货应评估其可使用价值，有无应提列的损失准备。固定资产应按公平市价评估调整。

其它资产（如转投资、专利权、商标权）应评估其现有价值或未来经济效益，其无价值者应予调整转销。

2、所有负债是否经评估入帐

公司所有帐列负债，均应编列明细，以供核对是否有虚（漏）列。已发生而未入帐的负债应予以估列，如应付利息、员工奖金、员工退休金等。

3、已发生的保证，承诺及或所有负债应列明，并经双方协商处理，主要项目如下：对外保证；涉讼与救济案件；未核定税捐情形。

4、双方历年及未来获利能力

5、商誉

6、相互持股的消除

7、股息红利的发放

（二）、换股比率的计算（列举三种方法如下）

1、账面净值法：以两家公司合并基准时先自行决算的资产负债表为基础，计算出每股净资产账面价值，以此换算出换股比率。

2、每股盈余法：以两家公司某一时股区间（例如 2007. 1. 1- 2007. 6. 30）自行决算出各自的损益表为基础，计算出每股税前盈余，以此换算出换股比率。

3、市价法：经勘估两家合并公司的土地建物等，并与该两公司帐列土地及建物等价值比较，同时对公司的未来盈利水平进行评估。对公司价值评估是财务分析的重要内容。在对两家公司进行初步考察后，就应该对公司进行估价，以便确定理论上的合理价格和收购成本。

4、由上之分析可知，如此之专业程序，换股比例条款的记载必须延聘专家进行专业评估，同时加重延聘专家评估的法律责任，促其以近乎苛求的作法提出评估意见，以规避陷阱的产生。

2. 债的概括承受型陷阱

不论是新设合并的公司或是吸收合并的存续公司并须承受消灭公司或是被并公司的权利及债务。此一条款究有何陷阱须探究如下『债的概括承受的意义』概念：债的概括承受可以基于法律的规定而发生，称为法定的概括承受。

《中华人民共和国民法通则》第 44 条第 2 款规定的“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担”。

《合同法》第 90 条规定：“当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其它组织行使合同权利，履行合同义务。”

《公司法》第 184 条第 4 款也有相同规定。

债的概括承受也可基于当事人之间的合同行为而发生，称为意定的概括承受，例如企业兼并行为。

基此三法条的文义解释，债的概括承受，可为全部债权债务移转，也可为一部债权债务的移转。部分权利义务的移转和承受，可因对方当事人的同意而确定原当事人和承受人的份额，如无明确约定，在原当事人和承受人之间发生连带关系因此，合并过程中，契约当事人必需明了概括承受所担负的责任，而免未查明清楚资产及债务情形就进行合并，因为，以为赚到了的背后却潜藏债务追偿的危机。

3. 消灭公司员工聘任及资遣的陷阱

根据中华人民共和国最新的颁布的劳动法第三十三、三十四条规定：

用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。（劳动法第三十三条）

用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。（劳动法规定第三十四条）

除用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容外，被并购企业的员工均应依劳动法第 33 条及 34 条予以留用。因此，于合并过程中应将此劳动成本精算，将此可能于签约时予以规范或事先商讨予以解除之前所订立的劳动合同。

4. 经营管理权限制的陷阱

合并过程，往往是主并公司主导人事权及经营管理权，按经营管理权显示在企业活动中为董事会的运作，主并公司为谋合并后经营文化冲突的降低，于合并契约约定类似如：合并后存续公司的董事会等不进行改组或重选。然而被并而消灭的公司，其股东成为存续公司的股东，如其股份足以当选为董事而参与经营决策，此际因合并而放弃改选的权利，正显现合并过程中的残酷事实，昔日的董事长或董事，如今成为一

投资股东，此种物换星移般的角色转换是否能完全平息争议，当消灭公司的董事长 A 列席存续公司董事会时，而存续公司董事会进行表决时，A 是否会忘记身份也举手表示赞成，此种微妙的议题值得继续研究，也有可能是将来经营争夺战的酝酿期。

5. 纷争解决模式的陷阱

纷争是契约规范中所欲避免的，然而合并契约签订及履行的过程中仍不免发生争议，此际必需了解及熟稔纷争解决的法律规定（此一领域是专业的过程），而纷争解决不外乎以调解、和解、诉讼及仲裁等模式，至于合并因为涉及复杂的流程及商业知识，因此，以调解及和解模式进行及成功的机率甚低，准此，约定以诉讼及仲裁方式解决者居多。而经分析可分为如后三种形态：（此种陷阱条款并非晦暗不明，其实充满着市场的议价力的现象）

一、准据法陷阱

合并过程除契约内容所约定为双方权利义务之基准外，未约定的部分又须加以适用者，当以法律补充，而该适用何国的法律及何种法律？此即准据法的问题⁹，契约当事人依其偏好当会选择有利其为商业活动及熟悉的法律归范。在同属一国的公司间合并，经验上将选择国内法为准据法，但在跨国公司且非属同一国公司间的合并，其准据法的适用及选择，将涉及契约当事人谈判力量的推拉作用（push & pull）具有主导地位的公司通常为存续公司将得主导契约的内容当然包括准据法¹⁰。

二、诉讼管辖约定陷阱

依照中华人民共和国法律规定，合同双方当事人可以在合同中约定，发生纠纷时由哪个法院管辖；并且此种约定管辖优先于一般管辖。《中华人民共和国民事诉讼法》第 25 条规定：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别

⁹ 准据法 (Applicable law) 是指冲突规范援用更具体确定涉外民事法律关系当事人权利义务的特定国家的实体法，参丁伟等着，1996 年 9 月，冲突法论，法律出版社，第 56 页。

¹⁰ 三类外资并购合同之管辖之准据法排除当事人约定，参最高人民法院发布《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件有关法律适用若干问题的规定》，自 2007 年 8 月 8 日起施行。三类外资并购合同，商务部等国务院六部委于 2006 年 8 月联合出台《关于外国投资者并购境内企业的规定》，明确规定外国投资者订立股权购买协议、境内公司增资协议和资产购买协议等并购协议的，应当适用中国法律，由具有相应权限的审批机关审批。

管辖和专属管辖的规定。”

在约定管辖法院时应注意以下问题：

1、约定管辖法院的意思表示必须通过书面方式表达出来；形式可以是合同中的协议管辖条款，也可以是在诉讼前达成的选择管辖的协议。

2、选择的管辖法院的范围是限定的，即只能是在被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院中进行选择。

3、当事人选择的管辖法院必须是明确的。《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 24 条规定：“合同的双方当事人选择管辖的协议不明确或者选择民事诉讼法第二十五条规定的人民法院中的两个以上人民法院管辖的，选择管辖的协议无效，依照民事诉讼法第二十四条的规定确定管辖。”如当事人可以约定：“合同履行中出现的合同争议，双方协商解决。不能协商解决的可向××人民法院提起诉讼。”

4、约定管辖不得违反民事诉讼法对级别管辖和专属管辖的规定，如本应由中级人民法院管辖的案件就不能协议约定由基层人民法院管辖，本应由不动产所在地法院管辖的案件就不能协议约定由不动产所在地之外的法院管辖。约定纷争的诉讼管辖地点即成为诉讼成本¹¹（cost of suit）的重要因素。而且诉讼管辖约定尚有人所诟病的与法院关系等特殊因素¹²。

据此，合并协议的诉讼管辖约定可谓是明示的陷阱，亦是谈判力量及实力优势的一方所掌控。

三、仲裁条款（arbitration）的陷阱¹³

仲裁制度自欧洲发展以来，已经成为国际贸易、工程纠纷等商务事件，常适用的纷争解决模式，主要是因其具有当事人自愿原则、一次解决的迅速性、纷争解决专业性高等优于法院解决模式。而事实上相当多的契约条款，已普遍舍弃诉讼解决纷争模式，因为诉讼冗长的时间成本及庞大律师等费用。

然而，仲裁条款的约定¹⁴是否即对合并契约当事人均属有利，例如仲裁规则及仲

¹¹ 按诉讼是必须支出高额成本如律师成本及诉讼审级拖延之时间成本等，管辖地点遥远必需支付应诉成本。

¹² 人民对司法之信赖度仍是相当低落认为法院是不公平而且是靠关系或金钱方行得通的机构。

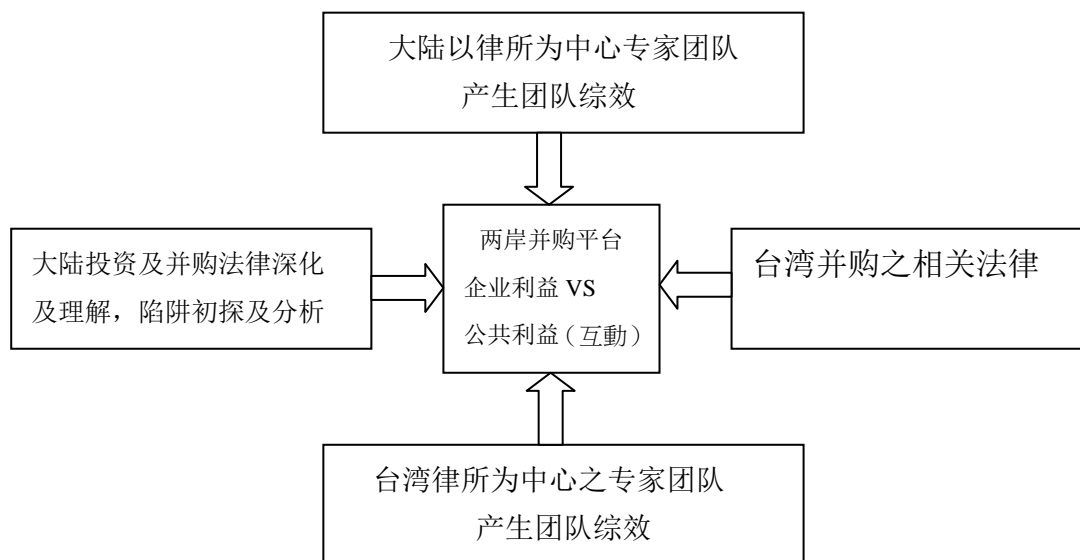
¹³ Arbitration 仲裁条款范例（CIETAC）：凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会，按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方均有约束力。

裁地点的约定，都将形成相对弱势的一方。

肆、两岸律所对于并购风险如何避免及合作机制

基于前述之分析，风险于两岸投资及并购过程中始终存在，律师在风险趋避过程中，其实仅能扮演部份之工作，可以了解并购过程涉及法律分析（需要律师或法律顾问，参表一），涉及成本分析（需要会计师或财务顾问），涉及信息分析及流程分析（需要管理顾问），而每一专家领域各有不同，管理顾问提出的策略方式，可能为律师顾问质疑适法的可能性，而会计顾问提出的成本计算或是付款方式，可能为法律顾问认为风险过高、责任过重等等，因此，成功的并购案，应有专家团队的参与，而专家团队如何与企业主并购的愿景结合，进行沟通及协调，掌握各自专家领域目标的完成外，又能产生团队综效，正是专家团队形成的最大意义，因为倘专家团队仅是一组织，而无信赖或沟通机制，这并不是并购过程所需求的专家团队。准此，两岸法律专家除成为两岸律师在跨境企业并购业务的合作平台¹⁵，更必须组合会计师事务所及顾问群等。

圖 1：



¹⁴ 按仲裁条款必须符合三项要素：1 请求仲裁之意思表示 2 仲裁事项 3 选定之仲裁委员会。参中华人民共和国仲裁法全书，法律出版社，1995年8月，第39页。

¹⁵ 本文整理

一、合作机制的建立：

- 1、加强两岸法律交流
- 2、许可台湾地区律师事务所在福州、厦门两地试点设立分支机构¹⁶，从事涉台民事诉讼法
律咨询服务之继续深化。
- 3、参酌大陆司法部 2009 年 10 月 1 日修改《香港特别行政区和澳门特别行政区律师事务所与内地律师事务所联营管理办法》的决定，大陆司法部或是海峡两岸关系协会与海峡交流基金会得研拟《台湾地区和大陆地区律师事务所联营管理办法》的决定。
- 4、福建省高级人民法院之「关于为加快建设海峡西岸经济区提供强有力司法保障和法律服务的意见¹⁷」更普及化。

伍、结论与建议

結論 一、并购风险可通过方案选择予以调控

两岸投资及并购过程中面临着许多风险，而且这些风险将直接威胁着企业并购的顺利实施，因此企业并购应谨慎对待各个环节的风险，并采取防范措施，以确保企业并购的成功。所以密切关注两岸之经济形势，掌握政策面的最新动向。研究政府的法律法规，及时掌握新的政策，对企业并购也相当重要，企业并购必然要受到法律法规的限制，只有研究有关法律并依法办事才能减少诉讼方面的麻烦，提高企业并购的成功率。

由于企业并购双方信息不对称是产生被并购企业价值评估风险的根本原因，因此并购方式应尽量避免恶意收购，在收购前对被并购企业进行详尽的审查和评价。以

¹⁶ 参表二，台湾律师之设桌标准尚待研拟。

¹⁷ 【中新社福州 2009 年 9 月 10 日电】福建正探索和深化两岸在共同打击犯罪、送达文书、调查取证等方面的互助协作，推进海峡两岸司法交流和协作互助，构筑两岸司法交流合作前沿平台。福建省高级人民法院十日出台了《关于为加快建设海峡西岸经济区提供强有力司法保障和法律服务的意见》，落实海协会、海基会签署的《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》是其中重要内容。

上对企业并购的风险可从以下方面加以防范。

- 一、企业并购前期，确保企业并购决策的正确。
- 二、企业并购中期，要慎选评估机构，合理测算企业并购价格，讲究公关战略和谈判技巧，争取双赢格局。
- 三、企业并购后期，要尽快组建强有力的领导班子，对被并购企业进行重组、整合，调整经营方针，确定重整后发展方向，优化资产配置，调整人员结构，寻找新的利润增长点，尽快产生企业并购协同效应，提高企业并购后的整体效益。

结论二、两岸投资并购合同（契约）是当事人双方议价力平衡的结果

市场中交易关系所产生的权利与义务，是由大大小小的契约所规范(Regulation)而每一个契约的形成代表着契约当事人（两个以上对立的意思表示）以发生，变更或消灭一定法律关系为目的，经由各方当事人的分析、规划、决策而执行并以一形式如书面文件，包括意向书、备忘录、最终契约等，将契约当事人的权利与义务以明文具体化。

契约的形成是一动态的观察，因为，虽然契约书短短数页，但由各方当事人意思表示形成，须进行协调且经由各种严密分析，包括流程的了解、信息的收集、成本的控制、法律的规范等等分析，才能避免契约书形成时，落入陷阱（不论是积极或是消极），而契约书的形成，代表者契约当事人间的议价力（Bargaining Power）平衡的结果。

在从事法律实务工作中，面对各当事人所属专家团队，各为其主而保护其当事人立场，在协商谈判过程中，正展现出市场上竞争优势的对抗，拥有优势者，即有谈判的筹码，在推拉的过程中，所形成的权利义务基础的契约书，往往代表着妥协的结果，却又最接近契约当事人的意思表示。

建议一、建立正确的并购态度及善用专家团队，降低风险及陷阱

并购活动的复杂及专业性已如前述，而并购行为的失败率极高亦如前述，因此，并购活动应建立在正确的认知，偶然的并购成功亦可能是偶然，建立正确的态度是成

功的关键，所谓正确的态度可以归纳为：

1. 并购活动的完成是团队的工作，建立团队机制是必要的态度。
2. 并购愿景建立，降低团队成员的私利所生的道德危险
3. 掌握达成目标的流程

然而为何仍有众多失败的例子，个人认为企业主本身的态度以及委由专家团队规划的态度有关，成功的并购活动当然存在，因此，企业主应该于并购前，先思考是以何种态度来面对并购的活动。

建议二、两岸律所联营之合作机制，迅速建立法源基础

本文前面之说明，可以了解并购过程涉及法律，成本，信息分析等，而每一专家领域各有不同，唯无论如何，法律攸关投资并购之成败。两岸之投资热潮正式启动，律师之间如能建立起合作之平台，将风险降低，减少并购失败之机率，绝对是两岸人民之福。目前大陆之相关法令之出台及相关配套之措施，的确令人刮目相看，而台湾律师至厦门及福州设点，仍可能陷于经验不足及法令操作不熟悉，所以合作方式之必要，建立合作之知识经济管理机制，依据许可台湾地区律师事务所在福州、厦门两地试点设立分支机构，从事涉台民事法律咨询服务为基础，进展至联盟模式，合资性之法律服务公司都是可以参酌之模式，不过管理及制约之法令仍须配套完整，而免失序。

表一：两岸律师在跨境企业并购操作之法律之比较及相互关系

	大陆	台湾
1	公司法	公司法
2	证券法	证券法
3	劳动法及劳动合同法	劳动基准法及劳动争议处理法
4	合同法	民法债篇
5	知识产权法律 专利法及商标法	智慧财产权法律 专利法及商标法
6	「中华人民共和国中外合资经营企业法」 「中华人民共和国中外合作经营企业法」	促进产业升级条例

	「中华人民共和国外资企业法」	
7	<p>《指导外商投资方向规定》（2002.4）</p> <p>《外商投资产业指导目录》（2002.4）、</p> <p>《外资参股证券公司设立规则》（2002.4）、</p> <p>《外商投资产业指导目录》（2002.4）、</p> <p>《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》（2002.11.7）、</p> <p>《关于向外商转让上市公司国有股和法人股有关问题的通知》（2002.11.4）、《上市公司股东持股变动信息披露管理办法》（2002.9.28发布，2002.12.1施行）、</p> <p>《上市公司收购管理办法》（2002.9.28）、</p> <p>《证券投资基金销售活动管理暂行规定》（2002.9.18）、《关于改进代办股份转让工作的通知》（2002.8.29）、《关于进一步完善境外上市外汇管理有关问题之通知》（2002.8.5）、《国家外汇管理局、中国证监会关于进一步完善境外上市外汇管理有关问题之通知国有资产评估管理若干问题的规定》（汇发[2002]77号 2002.8.5）、</p> <p>《关于上市公司增发新股有关条件通知》（汇发[2002]55号，2002.7.24）、《利用外资改组国有企业暂行规定》（2002.11.8）。</p> <p>2004年的商务部颁布第8号令《外商投资商业领域管理办法》和第22令《关于外商投资举办投资性公司的规定》，《外商投资产业指导目录》，</p>	外国人投资条例
8	<p>2003年3月7日对外贸易合作部、国家税务总局、国家工商行政管理总局、国家外汇管理总局联合发布《外国投资者并购境内企业的暂行规定》，</p> <p>2006年《关于外国投资者并购境内企业的规定》</p>	企业并购法

9	国务院鼓励台湾同胞投资的规定(1988. 7. 8)。中华人民共和国台湾同胞投资保护法(1994. 3. 5)及施行细则大陆商务部、国台办于 5 月 17 日联合发布《关于大陆企业赴台湾地区投资或设立非企业法人有关事项的通知》，大陆商务部颁布的“境外投资管理辦法”	大陆地区人民來台投資許可辦法 大陆地区之營利事業在台設立分公司或辦事處許可辦法 「大陸地區專業人士來台從事專業活動許可辦法」、「跨國企業內部調動之大陸地區人民申請來台服務許可辦法」、「大陸地區人民在台灣地區取得設定或移轉不動產物權許可辦法」、「台灣地區與大陸地區金融業務往來許可辦法」
10	反壟斷法及不正競爭法 《國務院反壟斷委員會關於相關市場界定的指南》	公平交易法

表二：2008/5/28 國務院司法部通過施行 律師事務所管理辦法第 6-10 條)

大陸律所設立條件 台灣設點之標準為何，尚待明確

成立條件	普通合夥律師事務所	特殊合夥律師事務所	個人律師事務所	台灣律師設立之條件及聯營辦法
合夥協議	有書面合夥協議	有書面合夥協議	無要求	?
設立人數	有 3 名以上合夥人作為設立人	有 20 名以上合夥人作為設立人	無人數要求	?
設立人執業年限	設立人應當具有 3 年以上執業經歷並能專職執業之律師	設立人應當具有 3 年以上執業經歷並能專職執業之律師	設立人應當具有 5 年以上執業經歷並能專職執業之律師	?
資產	有人民幣 30 萬元以上的資產	有人民幣 1000 萬元以上的資產	有人民幣 10 萬元以上的資產	?

