

联合国 大会



FILE COPY



Distr.
GENERAL

A/CN.9/378/Add.5
25 June 1993
CHINESE
ORIGINAL: ENGLISH

联合国国际贸易法委员会

第二十六届会议

1993年7月5日至23日，维也纳

今后可能的工作

秘书处的说明

增编

私有化的法律问题

目录

	段 次
导言.....	1-2
一. 概述.....	3-5
二. 私有化的立法框架.....	6-10
三. 私有化合同.....	11-35
四. 其他组织关于私有化的工作.....	36-48
结束语.....	49-51

导言

1. 1992年5月，委员会在纽约举行其第二十五届会议期间，召开了国际贸易法大会。会上，有人建议考虑拟定一项关于国有企业私有化合同的法律指南，以帮助有关国家的私有化进程，并保护私人投资者的合法利益。

2. 本文目的是便于委员会考虑是否应在私有化领域开展工作。

一. 概述

3. “私有化”一词广泛使用，指的是国有企业通过各类合同形式转让给私人的过程。本文中使用的“私有化合同”一词是指国有企业转让给私人的合同。

4. 私有化的动机多种多样，例如为使国民经济进一步以市场为导向，减少国家对企业的干预，培养一个管理人员阶层，按商业方式对企业实行经营管理，在民众中推广或扩大公司股份的私有权，提高企业资源的使用效率，为政府获取利税收入，以及减少公债等。

5. 不同地理区域和不同工业发展水平的许多国家都开始实行了私有化进程。近年来，一些国家正在摒弃社会主义所有制和国家计划经济，正在大规模实行私有化，转而实行以扩大企业私有制为基础的市场经济。

二. 私有化的立法框架

A. 建立适当的法律基础结构的必要性

6. 私有化方案如要获得成功，有关国家就需要有适当的法律和体制，允许和保护商业财产的个人所有制和股份公司所有制，增强本国和外国潜在投资者的信心，为私有企业开展商业活动提供协调的法律制度。实行私有化方案的许多国家都具有企业私有制的长期传统，长期以来制定了这类法律和体制，所以这些国家不需要大量的立法工作。但是，从社会主义所有制形式向私有制过渡的国家则需要进行广泛的立法和行政工作，以建立这些法律和体制。

7. 所需的法律和体制可能涉及各种领域，比如：商业不动产的所有权和转让；国家在土地使用方面的优先特权；环境保护；公司的种类、成立、组织和有

限责任；国有化资产归还原主；各类商业合同；知识产权；证券和股票市场；银行和金融服务；税收制度；竞争和限制性商业做法；破产；就业事项；财务核算；争端解决程序。

8. 上述某些法律领域已有协调的国际法律文件。在有些领域，则以某些国家法律作为参照模式。

B. 关于私有化的具体法律

9. 在许多国家，私有化方案的实施是根据特别为此通过的法律而进行的。这些法律所涉及的问题种类，各国很不一致，而且取决于某些因素，如是否定有必要的法规支持企业私有制，以及是否需要成立一个或多个政府机构来管理私有化方案的实施。

10. 根据一些国家的私有化法律编拟了下面的清单，它表明了这些国家法律所论及的问题：

- 私有化方案的目标；
- 列出拟实行私有化的企业或授权某机构决定哪些企业将实行私有化；
- 对公司实行私有化的决定程序；
- 私有化的方法（例如出售、租让、委托私人企业家管理企业，“建造／运行／转让”合同）；
- 负责管理或监督私有化方案实施情况的国家机构的责任；
- 可接受国有企业转让的个人和实体，包括特别规定，例如对企业职工、管理人员和外国投资者的特别规定；
- 拟实行私有化企业的职工的优先权利（例如，以折扣价或分期付款方式购买一定数额的股份）；
- 将以优惠条件售给某些类别人员的股份定额；
- 要求买主需在拟实行私有化企业的有关行业方面具有经验；
- 向优先购买者出售股份的管理程序，例如可包括分配和出售股份购买权凭证的规定；
- 对某些工业部门私有化的特别规定；
- 出售企业的过程，例如招标、拍卖、在证券市场上出让股份，直接出售股票；

- 把从事商业活动的国营机构分出去或将之改为拟实行私有化的商业性股份公司，包括关于向这些公司分拨资产和债务的规定；
- 企业出售价格的决定程序；
- 付款条件，包括是否可分期付款；
- 是否能以原有的债权来取得股份（“以股抵债”），以及这些债权怎样出让给企业潜在的购买者；
- 国家有义务将出售企业所得收益用于特定用途（例如用于减少公债）；
- 对于实行私有化之前原国有企业所负的某些赔偿义务国家是否将保留责任（例如因环境破坏或劳工关系而产生的赔偿义务）；
- 企业的注册；
- 关于拟实行私有化企业的规章制度内容的规定；
- 财务核算规则；
- 已无生存能力的国有企业的清算及其资产的变卖或派作其他用途；
- 对本国和外国投资者给予保护，以免成为国有化的对象，但在特殊情况下仍可实行国有化（例如当立法机构决定为保护公共利益时），及时和公正地对实行国有化的财产给予补偿；
- 接管国有企业者的税收待遇；
- 日后转售企业所得收入或收益是否可转移到国外；
- 职工的就业和社会权利；
- 私有化合同的形式和结构（例如书面形式、签字、合同当事方、任何中间人的姓名、如何描述拟实行私有化的资产）；
- 投资者可能需在私有化合同中作出的承诺（例如购买者将保持一定的就业水平和结构；与职工订立集体就业合同；在一段时间内不出售企业；订出生产计划；进行某种类别的投资或投入商定的金额；遵守预定的价格政策；采取特定措施保护环境；避免某些限制性商业做法）；
- 如遇某些违法情况或违反私有化合同的情况，国家有权废止私有化合同；
- 对违法情况实行罚款。

三．私有化合同

A. 概述

1 1．企业实行私有化的形式常常是出售给私人投资者。以下 B 节阐述关于企业出售合同的一些特定条款。C 节和 D 节简要说明国有企业的租让和委托私人管理国有企业。

1 2．私有化合同谈判的一个通常特点是国家不仅要考虑到商业标准，而且还需考虑到政府的社会、就业或工业目标。这些目标考虑可能会导致决定将企业转让给某个当事方，虽然该当事方提出的价格条件并非最优惠，但因为例如该当事方保证保留现有的职工，或与其他投标者相比，该当事方的寡头垄断联系较少。这些政府目标所占的权重视具体情况各有不同，对投标者常常不给以任何预定的加权公式。为避免滥用这些非商业性考虑因素，有些国家通过了特定的规则，如以净账面价值或低于该值的价格出售企业，须提交审计或经过特别批准。

1 3．作为谈判过程的一部分，投标者常常要提交一份经营计划，说明未来业主的意图。在该计划中，通常需表明投标者对上文提到的政府目标将如何处理。例如，可能要求投标者指出预期的投资水平（如对固定资产、流动资本、技术和人力资源的特定投资额）；今后若干年的预测就业水平；企业发展、生产和市场销售计划。

1 4．为了便于和加速谈判，潜在买主常常可以查阅某些商业记录或接触类似的资料来源。对查询资料的要求条件通常是答应保守机密。

1 5．为了最后确定私有化合同的条款，在谈判期间需要使潜在买主了解企业的各种债权债务，例如，土地抵押、专利、特许、重大合同义务、未偿债务、债权和权利的转让等等。在有些情况下，特别是当出售企业的政府实体未对企业实行有效的监管时，可能需进行广泛的工作，检查各种档案记录，审查合同，与企业管理人员会谈，从而查明所有的债权债务。

B. 企业的出售

(a) 就业条款

1 6．私有化合同可规定，买主应同意在一定时期内保留一定数量的全时工作

的人员和结构。 这种条款可包括在合同中，以换取低于企业估算价值原价的价格。

17. 对于新业主不遵守承诺的情况，可规定提高价格、违约赔偿金额或惩罚。支付金额的计算方法可以是，对于违约裁减的每个职工，应支付接近于保留该职工所需的费用。 关于“超出买方控制范围的情况”，卖方通常拒绝接受解除买方义务的笼统条款。 在很少情况下，卖方接受更加具体的以市场特定指数数值修改新业主承诺义务的条款规定。

(b) 投资条款

18. 买方可承诺对企业进行投资。 这种承诺通常指资金投入，并规定投资金额以及多长时间内不得抽回投资。 这种投资条款通常对违背承诺义务实行制裁，规定须支付未投资金额的50% 或更大比例。

(c) 投机条款

19. 如果实行私有化的企业尚未达到合同中所述的社会指标，但却在规定期限（如5-15年）期满前转售出去，则合同对此可规定重新估算购买价，通常由中立的专家进行，并规定应支付更高的价格。 除此重新定价条款之外，另一种方法可以是“溢额征税”条款，根据该条款，买主有义务支付按企业购入价与转售价之间差额计算得出的一定金额比例。

(d) 继续经营条款

20. 一些合同规定，如买方在商定的期限期满前停止生产，结束企业业务，宣布企业破产或对生产计划作重大改动，则买方应支付一笔商定的金额。 通常合同中商定，应支付的金额在若干年中逐渐减少，直至该条款失效为止。

(e) 不动产的重新估价条款

21. 在一些情况下，特别是当难以估算不动产价值或预计不动产市场将非常不稳定时，合同中可列入一项条款，规定如不动产在商定的时期内升值，则国家应从中受益。 这类条款可仅适用于土地或加上其中一些建筑物。 为了保护买方的利益，这类条款可规定升值后必须补回的最高限额，或一定比例的升值额度，或只计算超过商定限度的升值幅度，或规定不动产价值的确定方法（如请中立专

家确定)，或规定暂缓根据本条款支付款项。

(f) 付款条款

22. 付款条款将论述何时支付购买价、防止延迟付款的付款保证以及利息率等问题。 卖方通常坚持应由买方本身承担支付商定金额的义务，而不是限定买方责任，将部分付款义务转加于新成立的公司。

23. 一些国家颁布了一些法律，其中规定私有化合同当事方可在一定限度内商定由买方承付国家的债款（以股抵债），作为支付一部分价格。 潜在买主通常购买外国债权人的持有债权，算作企业私有化的部分付款。

(g) 关于潜在债务储备金的条款

24. 在出售企业时可能不清楚企业过去的活动是否将引起赔偿债务。 如果真会出现这类债务，私有化合同可设立一个财务储备基金，以支付这类债务。

25. 一种方法是（此种方法尤其在债务可能性较为渺茫时采用），企业原先的计算价格不作削减，而由国家承担一定限度的债务金额。 另一种方法可在债务很可能果真出现时采用，即按商定的金额削减原先计算的价格；如果在一定时期内不出现债务，则企业业主应向国家支付对原先计算价格的削减部分。 为避免滥用储备金，国家可有权参与关于债务的任何谈判或争端解决过程；另外，为鼓励业主减少储备金的付款，可规定如储备金未使用，业主有权将其中一定的比例保留归己。

(h) 环境损害的弥补

26. 企业新业主应牢记的一种风险是有可能需要花费开支，对企业场地进行清理以使之达到法律规定的环境标准。 由于这些开支的根源在私有化之前即已存在，所以企业卖方可能愿意承担一定比例的任何此类费用。 例如，可以商定，买方将负责一定金额内的清理工作，而商定金额内的其他费用，则将以特定的方式分摊，任何超额费用将由一方或另一方承担。 不同种类的环境问题（如废油、烟雾排放、石棉）可采用不同的计算方法。 合同可规定国家有权核准拟参与的开支计划或合同。 企业私有化之后出现的任何环境后果，通常将由企业负全部责任。

(i) 卖方的保证

27. 一般的设想是，卖方是企业的所有人，企业拥有其不动产，所以私有化合同中可明确表示这种设想。 如果有可能出现第三方对所有权提出争议，则合同中似宜就这种可能性作出规定。 例如，出现所有权问题的原因可能是实行私有化的企业的档案记录不明确或不准确。 这些问题还有可能在有关非国有化立法的情况下出现，下段关于“原资产的索赔要求”将对此加以说明。

(j) 原资产的索赔要求

28. 从社会主义所有制向私有制过渡的一些国家通过了若干法律，规定国有化财产的原先业主有权在特定条件下再赎回这些财产的所有权。

29. 有时，国家可在商谈企业私有化合同的同时，通过从私有化收益中向企业原先业主或其继承人支付补偿的方式，与他们达成解决办法。 如果在谈判私有化合同期间无法达成这种解决办法，则国家可在私有化合同中列入一项条款，接受在商定期限内解决原先业主的索赔事宜，并且同意在归还原资产的要求得到解决之前，实行一项临时安排。 例如，临时安排可以是由未来的买主负责企业管理，而国家则保留对企业某些费用和损失的部分责任，未来买主按商定办法进行投资的义务则推迟到私有化合同完全生效时。 私有化合同将在前业主索赔事宜解决后完全生效，除非在商定的时限内未达成解决办法，或未来买主终止执行合同。

30. 如果前业主要求收回的不是企业本身，而是企业的财产，则私有化合同最后完成的条件可以是国家承担义务清偿索赔额，或向企业新业主支付其退还前业主的财产价值。 如果归还某件财产有损于企业的生存能力，则可能需要终止私有化合同和解决悬而未决的索赔事宜。

C. 企业的租让

31. 在有些情况下，国家可决定将企业租让给私人，例如国家希望保留所有权而同时又考虑到由承租人进行管理可能会提高企业的效率；或者政府决定试行企业私人管理作为出售企业的前奏；或当没有出现适合的买主但却有可能找到承租人时。

32. 以下列举的是对企业租让合同提出的建议：

(a) 租让期应足够长，以便可鼓励承租人按照符合企业长期利益的方式经营企业；

(b) 合同中应载有适当的条款，规定承租人有义务保持资产的价值；这类条款是必要的，这样可避免承租人只顾眼前利益而损害企业的长期价值和生存能力；

(c) 租让费金额可以是整个租让期的固定数字，也可以是随时灵活调整，以便政府可从企业利润增加中获益；应适当规定租让费的增加限度，以便不影响承租人对经营企业的兴趣；

(d) 合同中一方面需要明确指出承租人对企业管理和人员调配的自主权，另一方面也要指明国家在这些领域仍拥有特定权利；

(e) 合同中似宜载入条款，禁止承租人以不妥当方式管理企业资产和操纵企业的赢利，使潜在投标者失去购买企业的兴趣。

D. 管理合同

33. 国家也许希望仅将企业的管理权转让给私人当事方，为此支付私人当事方一笔费用，而继续保留其他所有权职能。可以在以下场合采用这种私有化方法，例如因管理效率差而造成企业亏损，或希望新的管理层改善企业的经济和商业地位，以便日后出售企业可达成更好的售价。

34. 以下列举对管理合同提出的建议：

(a) 管理合同应明确区分管理费范围内所包括的服务与偶而发生的费用另付的服务；

(b) 应付给的管理费可包括两部分，一部分是商定的数额，一部分是根据企业利润或根据实际生产或销售规模计算的数额；

(c) 合同中应载有明确的条款，规定管理层对生产计划、价格和就业政策的决定权；

(d) 如果将企业的管理权委托给某公司，而该公司也参与向该企业供应货物或劳务或出售其产品，则似宜商定有关条款，防止对货物或劳务作不适当的定价，以及防止使企业的生存能力和利润依赖于同该当事方进行的交易。

35. 上文对租让合同提出的一些建议经适当变通后也适用于管理合同。

四．其他组织关于私有化的工作

A. 联合国开发计划署

36．1991年，区域间私有化网络拟定了“私有化指导方针”。区域间私有化网络由来自发展中国家并亲自参与了私有化工作的专家组成，在联合国开发计划署（开发计划署）全球和区域间方案司的主持下开展工作。

37．《指导方针》中审议的问题包括：是否应设立一个国家机构来管理私有化进程，以及该机构的权力和职责；是否有必要制定立法，授权对公共企业实行私有化；非股份公司制的公共企业改为股份公司；促进竞争的措施；租让和将企业的管理权交给私人当事方作为私有化的方法；公司全盘私有化或仅出售公司的一部分股份；将企业出售给内部管理人员和职工；将企业出售给投资者合作协会；出售企业的资产而不是企业本身；企业资产和债务的估算及整个企业的有关估算；资产定价；股份的出售方法；合资企业；发展资本市场的必要性；私有化对职工的影响；政府在法规上对私有化企业的管理以及国家继续作用于私有化企业的手段；关于企业出售给外国投资者的考虑。

38．《指导方针》在标题为“技术援助与合作”的第23章中，论述了政府在制定其国家私有化政策和法律或在特定企业实行私有化时获得技术援助的各种可能性。

B. 亚非法律协商委员会

39．亚非法律协商委员会秘书处为1993年举行的亚非法律协商委员会第32届会议编写了一份初步研究报告，题目是“国有企业私有化工作所涉及的法律问题”（AALCC/XXXII/KAMPALA/93/13）。根据该文件，最终目标是拟定一份关于亚洲和非洲私有化法律问题的指南，主要目的是协助亚非法律协商委员会成员国政府以符合其国家经济利益的方法实行其私有化方案。

40．初步研究报告审议了国有企业的经验，讨论了私有化的原因，并简单比较了各种私有化方法（例如全盘出售企业，出售某一企业的小部分，将企业经营权交给私人当事方，租让企业，以及特许经营）。研究报告中还提到可能需要修订国家法律，以实行私有化方案。

C. 欧洲经济委员会

4 1 . 1990年，欧洲经济委员会国际合同惯例工作组核准了一份题为“工业私有化的法律问题”的指南(ECE/TRADE/180, 联合国, 纽约1992年)。正如序言中所指出，指南的目的是便于过渡中国家为私有化建立适当的法律体制，所采取的方法是阐明在企业实行私有化过程中最有可能出现的主要问题；需要建立哪些新的法律和体制；私有化工作中可采用的主要方法。

4 2 . 关于东欧实行私有化的主要问题，该文件审议了：设立负责执行私有化方案的行政机构的必要性；澄清国家所有权的问题；打破中央计划经济建立的企业垄断以及尽可能使之发展为相互竞争的小单位；确定企业的适当售价；建立资本市场的必要性；在出售企业前是否应采取某些结构调整措施的问题（例如机器更新换代、裁减多余工人或清理债务，恢复企业清偿能力）；保护新业主，特别是防止实行没有迅速和有效补偿的国有化。

4 3 . 另外，该文件还讨论了法律制度的各个不同部分，其中许多部分必须加以调整，以适应市场经济的需要，而且法律制度的许多部分都是增强潜在投资者信心所必不可少的。文件中讨论的各类法律尤其涉及如下方面：确立和保护财产权；土地和商业企业所有权的转让；外国人取得土地所有权；国家对土地用途的控制；对拟实行私有化的企业所造成的环境破坏承担赔偿责任；国有化财产物归原主；商业组织的地位、成立和运作（公司法）；合同法；破产处理程序；证券；税收；促进竞争；就业；财会惯例。

4 4 . 关于私有化的主要方法，该文件提到国有企业的出售；国有资产的出售或租让；将原先由国家提供服务的劳务合同授与私营部门。

4 5 . 该工作组还编拟了一份文件，题为“关于过渡中国家私有化和外国直接投资特定法律问题的指南：比较分析”（TRADE/WP.5/R.9/Rev.1, 1992年11月25日）。这份文件将作修订，稍加增补，然后以新的标题出版，新标题是“中欧和东欧国家的私有化和外国投资的法律问题”。

4 6 . 另外，该工作组还为未来的一份出版物编拟了初步提纲，该出版物的名称将是“中欧和东欧东西方贸易／私有化筹资指南”（1992年12月1日 TRADE/WP.5/45的附件）。提纲中指出，指南将尤其论述改善过渡中国家筹资法律体制的措施。例如，这些措施将涉及改善立法程序；确立立法的优先事项（民法、商法、程序法）；财产法；过渡中国家商业银行的作用；从筹资角度认识国有化财产物

归原主问题；股份公司实体的种类；注册手续；劳工法问题；安全利益；以股抵债；税收问题；租让条件和条款；知识产权问题，外国投资方法；资本市场的目前地位；合并和收购；私有化的方法；筹资方法；国际和国家借贷供应者的作用；建造／运行／转让交易；外汇风险问题及减少风险的机制；海外记帐帐户的使用；外汇管制的使用；争端的解决；政府担保；主权和其他豁免；培训和金融专业知识的转让。

D. 欧洲共同体

47. 欧洲共同体委员会与独立国家联合体一起设立了一个法律改革工作组，目的是协助独立国家起草最重要的市场经济法律，制定法律人员的培训方案，以及建立或改善市场经济立法的执行机构。

E. 国际商会

48. 国际商会成立了一个私有化特别工作组。根据《国际商会1992年手册》，工作组“旨在收集积累各国私有化经验的资料，以供成员们普遍采用，特别是发展中国家和中欧及东欧国家的成员。”

结束语

49. 正如上文第6-8段所指出，在一些国家，特别是从生产资料社会主义所有制向私有制过渡中的国家，私有化方案的实施需要在一系列国家法律领域进行广泛的立法工作。虽然在其中一些领域，立法工作可根据国际条约和示范法进行，但在另一些领域，唯一可供参照的模式只有外国的国家法律。然而，即使一些领域有国际法律文件，也常常不被采用，而是将外国的国家法律作为参照模式。建议虽然某些情形便于采用国家法律作为参照模式（如与某一国家的历史联系或广泛贸易，或提供技术援助的专家往往将其本国国家法律作为参照模式），但在许多情况下，有关国家最好还是采用国际上统一的法律文件。国际法律文件常常比国家法律更现代化，更适应于国际贸易的需要；另外，采用统一的法律比采用国家法律更有利于与更多的国家进行贸易；此外，有关国家通过采用国际

法律文件，可使外国贸易伙伴更方便地了解本国法律，在商业合同中可减少法律选择条款的必要性，以及减少不方便的情况，使本国贸易人员不必在外国的和陌生的国家法律环境下进行业务。因此，委员会似宜吁请有关国家考虑到国际统一法律的优点，并吁请提供技术援助的各国际组织帮助有关立法人员对采用统一的法律文件作出明智决定。

50. 关于具体论述私有化的法律（上文第9-10段），看来各国的需要以及这些法律中应解决的问题差别很大，视有关因素而定，如拟实行私有化的程度，作为私有化基础的社会政策和其他政策，以及是否订立了支持企业私有制的法律。委员会似宜认为，上文第36-48段所提及的各组织旨在拟定这类法律而推广专门知识方面所做的工作是十分有益的，应加以鼓励。

51. 关于私有化合同的法律问题（上文第11-35段），委员会似宜考虑由秘书处继续监测合同惯例的发展情况，并监测在此领域开展活动的各组织如何解决实践中出现的问题。秘书处需向委员会今后的会议提出报告，并且如果委员会本身有必要就这些问题开展工作，则还需提出建议。