

本书受2005年国家社会科学基金项目
“关联交易的法律问题研究”资助

关联交易法律控制

——问·题·研·究——

董安生 何 以 翟彦杰 王恩宇等 / 著

GUANLIAN JIAOYI
FALÜ KONGZHI WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

关联交易法律控制

——问·题·研·究——

董安生 何 以 翟彦杰 王恩宇等 / 著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

关联交易法律控制问题研究 / 董安生等著. —北京: 中国政法大学出版社,
2012. 7

ISBN 978-7-5620-4373-7

I. ①关… II. ①董… III. ①公司法-研究-中国 IV. ①D922. 291. 914

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第144487号

- 书 名 关联交易法律控制问题研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 10.75印张 240千字
- 版 本 2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4373-7/D·4333
- 定 价 39.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

前言

关联企业与企业交易的法律控制问题是 20 世纪世界各国公司法变革中所面临的最重大问题，关联交易控制漏洞的出现实际上与各国早期民商法理论对于基本民事主体性质的不正确认识有着内在的联系。概括地说，凡基于公司法人真实原则认为法人具有独立意志和独立利益，并以此作为立法出发点而建立的部门法律都不同程度地受到这一错误认识的影响。正鉴于此，源于英美法的关联企业与不公平关联交易控制制度在 20 世纪中受到了大陆法系国家的极大重视，对这一问题的研究深刻地影响了大陆法各国公司企业法、合同法、税收法、企业收购合并法、反垄断法的发展，其作用几乎覆盖了整个民商法领域；并且这一法律研究与法律变革的过程目前在世界范围内还未结束。由于英美法对于关联企业和不公平关联交易的法律控制更主要地采取判例规则形式，而大陆法各国对于关联企业和不公平关联交易法律控制的抽象规则暂时并未充分成熟，这就使得本书的研究具有相当的难度。

我国自 20 世纪 90 年代起，随着国内企业境外股票发行与上市实践的增多，国内的公司企业法制迅速受到国外执法部门的制度反诘，国内相当一部分学者对于英美法中的关联企业与关联交易控制制度进行了大量的研究，形成了较为初步的研究成果。这些研究多集中于对关联企业概念和性质的研究、对于关

联交易性质和特征的研究、对于不同类型关联交易行为特征的研究、对于英美法上不公平关联交易控制原则的翻译性研究等方面。其中,相当一部分研究成果已经被我国证券监管部门以部门规章的形式所采纳;而最为重要的就是在国内颇受争议的上市公司关联交易限制制度和强制性独立董事制度。与此相联系,不少学者甚至错误地认为,关联企业 with 关联交易控制制度仅为上市公司适用的证券法制度,这显然与世界各国公司法乃至整个民商法发展变革的趋势相背离。应当说,我国目前对于关联企业与关联交易的公司法研究实际上正处于起步阶段,我国基于关联企业与关联交易法律控制的法律变革才刚刚开始,对于相关法律规则的适用亟待从上市公司领域扩展到各种类型的公司领域,我国法学界对此问题的研究还有很长的路要走。

本书对于关联企业与关联交易法律控制的研究始于1997年,在接受国家社科基金研究项目之前,便已经有了初步的研究成果,并早已在教学科研中使用;2005年接受国家社科基金研究项目之后,在原有研究的基础上进行了大规模的再思考,对关联企业与关联交易研究问题的结构进行了重大修改,充分考虑到我国最高人民法院对于公司法执法过程的具体要求,增加了对实践部门亟待解决的问题的深入研究。对于关联企业与关联交易概念、性质、特征的分析研究并不是本书的重点。本书的创新之处在于以下几点:首先,较为具体地提出了关联企业的范围认定规则,并且对这一规则适用的基本原则进行了具体分析,此种列举式认定规则和该适用规则基本原则的指引早已是英美法中的惯例,但在我国法制实践中尚未实施或实施规则有错误,对此类问题的明确显然有助于我国司法机关的有效执法,此点具有国内开创性。其次,本书在初步研究关联交易控制原则的基础上,以专章进行了对不公平关联交易可撤销性

问题的研究，并首次提出了非适当影响理论与其适用的基本规则，以之作为不公平关联交易可撤销性的基础，这在大陆法系的法学研究中显然具有国际开创性。再次，本书在不公平关联交易赔偿问题专章研究中，首次以大陆法所通用的抽象规则概括借鉴了英美法中关于实质公平原则的三项规则；按照英美法学者的认识，在大陆法借鉴英美法判例规则的过程中，最复杂和最具挑战性的任务正在于将英美法判例规则翻译为抽象的具有普遍适用力的演绎规则。本书正是在理论演绎和我国法制实践经验的基础上，完成了这一理论概括。此点在大陆法法学理论研究中也明显具有国际开创性。最后，在本书的最后部分，开创性地提出了对于不公平关联交易，特别是持续性关联交易的合同法上其他的法律控制措施，此做法在英美法国家法制实践中并不鲜见，我们认为它也应当成为我国合同法制中的普遍性做法。

对于关联企业与关联交易法律控制的问题是我国法制研究中的重大课题，对这一问题的研究不可避免地会涉及现行法制中不同部门法内的多方面复杂知识，笔者在集思广益的基础上，竭尽所能进行了充分的研究，希望能够抛砖引玉，引起国内公司法学者的理论争鸣与理论深化。书中的不当之处与遗漏之处，均由作者负责。

参与本书写作的，还包括杨巍、何海涛、刘士光、侯慧莹、陈静、常青为本书的资料收集和文字校对提供了巨大帮助，在此一并感谢！

董安生

2012年5月4日

目 录 | C o n t e n t s



前 言	(1)
-----------	-------

第一章 关联企业 with 关联交易研究的理论基础和

现状分析	(1)
------------	-------

引 言	(1)
-----------	-------

第一节 关联企业 with 关联交易的理论阐释

——从法经济学分析出发	(2)
-------------------	-------

一、交易费用内部化理论	(2)
-------------------	-------

二、企业契约理论	(9)
----------------	-------

三、委托代理理论	(13)
----------------	--------

四、小结	(18)
------------	--------

第二节 我国企业关联交易的历史、现状与问题

一、我国企业关联交易的概况及特征	(22)
------------------------	--------

二、我国企业关联交易的制度背景和动因分析	(26)
----------------------------	--------

三、当前存在的问题	(34)
-----------------	--------

第三节 关于关联企业与关联交易法律控制问题的

研究综述及其评价	(37)
----------------	--------

一、美国相关研究综述及评价	(37)
---------------------	--------

二、我国台湾地区相关研究综述及评价	(41)
三、我国大陆相关研究综述及评价	(42)
第二章 关联企业与人问题研究	(45)
第一节 关联企业概念研究	
——比较法考察及其评价	(45)
一、关联企业概念研究	(45)
二、关联企业的法律特征	(57)
三、对德国法上的横向关联企业概念的批判	(60)
第二节 关联企业的范围及认定规则	(63)
一、控股股东	(64)
二、实际控制人	(68)
三、公司内部人	(73)
四、控制权人一定范围的家属	(75)
五、通过协议、信托或其他法律安排的控制性 关联人	(78)
六、控制权人及其关联人所拥有或控制的其他 附属公司	(79)
第三节 对关联企业的再认识	(81)
一、关联企业概念的限制性解释	(81)
二、小结	(84)
第三章 关联交易行为研究	(86)
第一节 关联交易行为的含义及特征	(86)
一、关于关联交易行为含义的研究	(86)
二、关联交易行为的特征分析	(89)

第二节 关联交易行为的类型化	(94)
一、关联交易类型化研究及其意义	(94)
二、我国立法上关于关联交易行为的分类 及其评价	(101)
第三节 几类典型关联交易行为研究	(106)
一、持续性关联交易问题	(106)
二、经营性关联交易行为问题	(109)
三、经营性净资产转让之关联交易	(114)
第四节 关联交易行为的不可避免性	(119)
一、关联交易行为的客观性和普遍性	(119)
二、关联交易的不可避免性及其结论 ——交易公平之保障	(123)
第四章 关联企业 with 关联交易问题对法律的挑战	(128)
第一节 关联企业与关联交易的法律控制 体系概况	(129)
一、对现有的规范关联交易的立法规定的梳理	(129)
二、当前的关联交易控制机制的局限性	(151)
第二节 关联交易问题对现行法律的挑战	(155)
一、关联交易问题对传统公司法的挑战	(155)
二、关联交易问题对合同法的挑战	(164)
三、关联交易问题对证券法的挑战	(170)
四、关联交易对税法的挑战	(175)
五、关联交易对会计规则的挑战	(179)
六、关联企业与反垄断法	(182)

第五章 关联企业及关联交易的控制原则 (190)

第一节 预防和规制关联交易的基本理念与

价值选择 (192)

一、法律强制和主体自治的结合 (192)

二、实质与形式的统一 (195)

三、公平与效率的价值协调 (196)

四、权利和义务的均衡 (197)

第二节 关联交易的控制原则 (199)

一、控制权人的诚信义务原则 (义务扩展) (200)

二、控制权人的连带责任原则 (责任扩展) (204)

三、信息披露原则 (209)

四、程序公平原则 (220)

五、交易内容公平原则 (232)

第六章 不公平关联交易合同的可撤销性问题

研究 (240)

第一节 不公平关联交易合同的违法性与

可撤销性问题 (241)

一、不公平关联交易的违法性 (241)

二、非适当影响规则与不公平关联交易的

可撤销性 (247)

第二节 不公平关联交易合同可撤销规则的解释 (251)

一、关于非适当影响规则的一般理论 (251)

二、基于非适当影响的不公平关联交易之构成

要件规则 (253)

三、信息披露原则与程序公平原则的推定效果 (255)

第三节 不公平关联交易合同的撤销权人与	
除斥期间	(256)
一、合同当事人的撤销权	(257)
二、利害关系人的撤销权	(259)
三、撤销权的除斥期间	(261)
第四节 结论	(262)
第七章 不公平关联交易的赔偿及其他合同法控制	
问题研究	(265)
第一节 实质公平原则与不公平关联交易的赔偿	(266)
一、实质公平原则的极端重要性	(266)
二、大陆法国家公司法借鉴赔偿标准的	
经验与教训	(269)
第二节 不公平关联交易赔偿标准的设定	(272)
一、英美法下实质公平原则的判断规则概述	(272)
二、我国不公平关联交易赔偿中实质公平原则	
具体标准的设计	(275)
三、适用三项实质公平原则判断规则应注意的	
几个问题	(283)
第三节 不公平关联交易赔偿的实现机制	(284)
一、被控制公司的赔偿实现机制	(284)
二、被控制公司少数股东的赔偿实现机制	(288)
三、被控制公司债权人的赔偿实现机制	(289)
第四节 对于不公平关联交易的其他合同法	
规则控制	(294)
一、不公平关联交易合同法控制的必要性	(294)

二、不公平关联交易的合同法控制规则	(296)
第五节 不公平关联交易制裁规则的法律形式	(297)
一、关于不公平关联交易可撤销规则的法律形式	(297)
二、关于实质公平原则的法律形式	(298)
第八章 有限责任公司关联交易的特殊法律控制机制研究	(301)
第一节 有限责任公司的治理特征及对关联交易管控的影响	(302)
一、有限责任公司的治理特征	(302)
二、有限责任公司的治理特征对关联交易管控的影响	(305)
第二节 关联交易程序公平控制原则在有限公司中的修正	(307)
一、关联交易公平性的最终司法审查介入	(308)
二、独立董事制度与有限公司关联交易的管控	(312)
第三节 有限责任公司关联交易控制的其他措施	(319)
一、强制信息披露	(319)
二、诚信义务的扩张——控股股东与小股东间互负诚信义务规则的确立	(323)
三、强制审计	(328)

第一章

关联企业 with 关联交易研究的 理论基础和现状分析

引 言

交易安全、交易公平和交易效率，是市场经济的基本法律价值取向，亦是市场秩序的建构目标。在具体的市场交易活动中，我们时常面临着要将公平、安全、效率三者综合考量，并寻求最优之均衡结果的问题。尤其在对关联企业和关联交易的法律规制中，如果保障三者均衡并且总体效果最优，则更加复杂和不易。关联人或关联企业之间的交易，有交易信用可资利用，有认可的交易习惯来减少交易环节和磨合，本应有利于实现效率和安全的双重优化，若制度完善亦可实现结果的公平。然而，当前市场领域里，关联企业之间的关联交易现象却乱象频生，例如，控制股东利用关联交易转移利润，输送利益；高管利用关联交易侵占公司财产等，以致使公众形成了关联交易等同于非法交易的印象。

然而关联交易并非当然是非法交易，而是可能产生不公平效果的交易。从根本上说，关联企业和关联交易乃是顺应市场经济发展规律的时代产物，其出现和存续有其合理性和必然性，

若能规制得当,则可发挥其积极功效,如降低谈判磋商成本,减少交易风险,巩固交易信赖等。而关联企业和关联交易这种在效果上的不确定性,根源于市场行为形式与实质之间存有的不一致性,根源于利益决定和利益归属的不一致性。法律必须通过制度安排,在交易形式和交易实质之间建立合理联系,做到既不以妨碍私法自治去替代市场主体做具体决定,又能使关联交易发挥积极功用实现交易效果最优。而这也是建立对关联企业和关联交易的法律控制机制的目的和使命所在。

第一节 关联企业与关联交易的理论阐释 ——从法经济学分析出发

一、交易费用内部化理论

关联企业和关联交易,是近年来理论研究中经常出现的法学和经济学通用的术语,同时在现实的经济生活中,关联企业和关联交易大量地存在和持续,“其就像一个同时充满诱惑力和杀伤力的幽灵,一直游荡在西方发达国家的市场上,成为经济学难以做效益评判、法律难以做公允规制的经济行为。”^{〔1〕}但关联企业和关联交易在现实中大量存在必然有其深层次的经济、社会基础,法律必须对其进行充分的了解和认识之后,才能进行有效的合理规制。

对关联企业和关联交易问题的经济学分析,可以先从制度经济学关于人的行为的三个假定出发:首先,是亚当·斯密(Adam Smith)以来的经济学家关于经济人的假定,即一般经济

〔1〕 参见孙爱林:《关联交易的法律规制》,法律出版社2007年版,第1页。

人都有“利己心”。理性经济人会追求财富最大化；其次，是诺斯（North）的有限理性人的假设，将利他主义、意识形态和自愿负担约束等非财富最大化行为引入个人预期效用函数，从而指出人的双重动机最均衡；最后，是新制度经济学家关于人的机会主义倾向，即人具有随机应变、投机取巧而为自己谋取更大利益的行为倾向，为此可能采取较隐蔽的手段，以致对他人造成一定危害。^{〔1〕}并且，经过经济学家的相关模型分析与验证，经济组织或商业团体在行为和决策上具有与一般的自然人很大的相似性，上述假定同时也能适用于经济组织或商业团体。

因而基于上述假定，可以进行合理的推理：从理性人的前提出发，经济主体一般是追求财富效应最大化的理性人，而关联交易通常能通过非公允性手段来创造一方财富的最大化，从而经济主体具有进行关联交易的意愿。一方财富的最大化可以通过利润在有关主体间的非公允性转移来实现，在会计上则表现为盈余管理。该概念由威廉·斯考特（William Scott）在《财务会计理论》（*Financial Accounting Theory*）中提出，指企业在一定范围内，通过对会计政策的选择，将财务报告的盈余人为地调整到满意水平而采取的有计划行为，是使经营者自身利益或企业价值达到最大化的行为。^{〔2〕}盈余管理又可被称为盈余操纵，实质上是对现代财务报告中立性原则的背离。另外在竞争激烈的市场中，经济主体面临着变幻莫测的经济情势，加上主体信息渠道的有限性和信息分布和获取的不对称，对市场信息和业务知识的掌握通常是不完全的，主体的有限理性成为常态，因

〔1〕 参见贺卫、伍山林主编：《制度经济学》，机械工业出版社 2003 年版，第 7~22 页。

〔2〕 转引自孙爱林：《关联交易的法律规制》，法律出版社 2007 年版，第 12 页。

而一般市场交易的风险性比相互熟知的关联方之间的关联交易风险更大,并且具有一定商业合作或业务关系的关联方之间往往也存在一定的商业上的信赖,或已形成彼此认可的交易习惯和交易方式。因而在可能的情况下,出于交易安全或交易效率的考虑,关联交易成为各种可能的交易形式的首选。而且在经济组织内部,往往是集团公司内部,有时为了整体利益最大化,某一主体可能会不惜受损将利益输送给另一主体,或者通过一致行动来避税,以及其他的机会主义行为。产生此种现象的原因在于,这些主体间具有相互影响或协同性的关系,从而产生合作博弈,也就是关联交易。此时单个主体所追求的并非一定是自身财富最大化,而是有限理性经济人通过关联交易追求最大化的均衡。

对关联企业 with 关联交易的形成原因的这个理论命题,另外一种更加普遍的观点是用新制度经济学的交易费用内部化理论来解释。在市场经济环境下,一个公司与其关联方之间所形成的相容利益集团的正和博弈,是由契约安排与交易方式创新而形成的一种经济节约机制。它不仅可以取得与生产依赖性相关的技术经济和规模经济效益,而且可以实现信息经济,达到反竞争效应,降低交易费用。^[1]

一般意义上的交易费用理论被学界总结为:企业出现以前,交易过程受自由市场机制的调节,其中交易的达成存在一定的费用,如调查、磋商等。企业的出现将这部分交易费用内部化,变成了企业内部的管理费用。企业实际上是行政手段配置资源对市场手段配置资源的替代,这种替代节约了费用,提高了效率。正如理查德·A. 波斯纳(Richard A. Posner)分析的,“企

[1] 参见王纪平:《关联方交易会计新论》,经济科学出版社2007年版,第14页。

业集团内，控制公司是对从属公司最有效率的贷款者，因为控制公司在估计从属公司破产的风险方面具有低成本的优势，而且为了防止从属公司破产，通常愿意提供条件优惠的贷款”^{〔1〕}，此即典型的关联交易。

而在此理论之前，西方古典经济学理论没有考虑交易费用的因素。古典经济学派认为，在完全竞争市场条件下的市场交易中，市场机制通过攻击和需求自动调节交易的进程。而以科斯（Coase）为代表的新制度经济学派对古典经济学理论的缺陷进行了修正，他认为市场价格机制配置资源是有成本的，并在1937年发表的“企业的性质”（The Nature of the Firm）一文中，论述了交易费用的存在及其对市场的影响，纠正了古典经济学中“市场信息自然产生”的观点。科斯认为，企业 and 市场是两种互有不同，但又可以相互代替的制度安排，市场上的交易是由价格机制来协调的，而企业则将很多原来属于市场的交易内部化了。在企业内部，市场交易被取消，进行这些交易的复杂市场结构被企业主——协调者所取代。企业的本质特征是对价格机制的取代，而企业取代市场的根本原因是由于市场交易费用的存在。

在一般市场上，由于主体信息渠道的有限性和信息不对称，主体的有限理性成为常态，一般市场交易的风险比相互了解的关联方之间的交易的风险更大，且各国的法律、各地的交易习惯等影响交易的因素存在很多差异，因而企业的交易成本较大，以致会影响其效率，交易费用内部化便是可行的解决方案。另外，当市场正常交易存在外部性时，具有“利己心”的经济主体极易“搭便车”，导致市场机制失灵和其他经济主体交易成本

〔1〕 Posner, “The Rights of Creditors of Affiliated Corporations”, *U. of Chi. L. Rev.*, No. 43, 1976, p. 499.