



LL.D. SERIES

中国法学博士文丛



● 施天涛 / 著

关联企业法律问题研究

法律出版社

◀ GUANLIAN QIYE FALU WENTI YANJIU ▶



LL.D. SERIES

中国法学博士文丛

● 施天涛 / 著

关联企业法律问题研究

法律出版社

◀ GUANLIAN QIYE FALU WENTI YANJIU ▶

图书在版编目(CIP)数据

关联企业法律问题研究/施天涛著,--北京:法律出版社,1998.6
(中国法学博士文丛)
ISBN 7-5036-2505-8

I. 关… II. 施… III. 公司法-研究-中国 IV. D922.292

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 15133 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/8.875 字数/220 千

版本/1998 年 8 月第 1 版 1998 年 8 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-2505-8/D·2120

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

关联企业或称关系企业是现代公司制度发展中出现的新现象,随着跨国公司的大量出现,关联企业更引起国际上的注意,由此而产生的关联交易、逃避纳税、转移财产等一系列法律问题也引起法学家和立法者的注意。在国外,有关关联企业的立法日趋完善、有关关联企业的研究也日益增多。在我国,由于公司法颁布生效仅数年,配套法规尚不足,公司执法尤显混乱,关联企业的系统立法更未提上日程,仅在零星法律法规和规章中有所涉及,学术研究的总体上也属空白领域,这不能不引起有识之士的焦虑。

施天涛毕业于西北政法学院,获民商法硕士学位,并在该院民法教研室任教多年,品学兼优,经寇志新教授推荐考入中国政法大学,在我的指导下攻读博士学位。入学伊始,便有志于以关联企业为博士论文选题,孜孜不倦,奋力以求。三年学习期间内,经我推荐赴新加坡国立大学东亚政治经济研究所作为访问学者,不仅完成了繁重的研究工作,也为撰写博士论文搜集了一些材料。

天涛获博士学位后应聘于清华大学法律系,在官商两界频频诱惑博士人才之际,天涛再次选择法学教育一途,我深感欣慰和嘉许。在繁忙教学工作之余,他将其博士论文增删添补,精益求精,付梓出版,诚是法学研究领域内一新成果,特推荐给读者,是为序。

1998年1月

引 言

自改革伊始到现代企业制度的推行,表明我国企业改革已经取得了突破性的进展。其间,无论她所走的历程是多么艰难曲折,她自始至终地都是朝着一个既定的光明的方向前进。时光推进到九十年代,改革进入到了攻坚阶段。至此,改革的每一步骤和措施都关系到我国现代企业制度能否成功建立的问题。我认为,我国现代企业制度的建立面临着两大任务:一是对现行企业,主要是现行国有企业实行公司化改造;二是在企业公司化的基础上实行公司集团化发展。

企业公司化改造的意义在于转变国有企业经营机制,建立起产权关系明晰,依法自主经营,管理,组织科学,具有独立法人人格的企业制度。直言之,就是要塑造独立人格化的单体企业。只有每一单体企业具有独立的人格,才能使我国的国营企业摆脱国家行政羁绊,不再隶属于国家这个大工厂。然而,这仅仅是建立现代企业制度的目标之一,而且是一种基础性的步骤。建立现代企业制度的根本性目的是要建立起具有市场竞争力的企业,这也是发展社会化大生产和市场经济的必然要求。所以,建立现代企业制度的第二个任务就是要实现公司集团化的改造。只有集团化的公司才能利用其经济上、技术上的优势在市场上具有强有力的竞争力。这一

任务的迫切性最为直接地由两种因素所决定：其一，当今的经济与市场不仅仅局限于一国之内，不管你愿意与否，你都必须与国际经济贸易发生联系。在当今市场上，你将不难发现能够逐鹿市场的力量无一不是具有雄厚势力的跨国集团公司，它们的触角伸延到了世界各个角落。返观我国的企业势单力薄，远不足以与这些经济枭雄竞技于国际经济贸易市场。不仅如此，设想一下，如果我国正式加入了世界贸易组织，我国企业在外国经济力量的冲击下，其生存亦将成为问题。这并非危言耸听。因此，公司的集团化发展是我们无法回避的选择。其二，现实也逼迫我们要实行公司的集团化改造。这种现实就是不允许我国企业经历一个自由发展的过程，而是要在现行国有企业的基础上实行公司化改造。我国的国有企业虽然在现实经济条件下不能适应市场经济的发展而成为被改造的对象，然而，终究它有着四十多年的发展历史，并形成了一大批相当规模的企业集团。它们无论在过去抑或现在都是国民经济的基本支柱，这一点也是不容讳言的。只不过这些企业集团在过去是用行政手段组建起来的，其运行方式亦是依靠行政措施。因此，如何将这些企业集团按照现代企业制度的要求改造成为符合市场经济发展的群体企业是现实强加给我们的选择。应当说明的是，上面所提出的建立我国现代企业制度的两个任务并非截然分开，在大多数情况下是交织在一起和同步进行的。所谓两大任务只是从机制建设上而言。

中国的企业改革是我一直关注的问题，改革进行到今天，下一步如何发展亦是我长期思考的问题。以上就是我对我国今后企业改革之主潮流的认识。作为一篇法学博士论文，我并不想就我国企业集团进行全面的研究所，我的任务和目的是通过我的研究为我国企业集团的发展建立起合理的法律运行机制，作为一种理论上的研究成果为企业改革的决策者和立法者提出一套可行的思路和建议。因此，我的论文只是从企业集团之成员公司相互之间的法律关

系切入,着重研究企业集团在新的经济条件下的形成机制和责任机制等问题。因此我将博士学位论文定名为《关联企业法律问题研究》。

关联企业已成为一种经济现实,企业集团的存在已不容任何人来怀疑这一点。关联企业不仅是一种现实存在,而且是一种理想的企业组织型态,与单一企业相比,它更具有规模性和竞争性。伟大的奥地利经济学家熊彼得曾说过,世界正在迅猛异常地发生着变革,这种变革不仅是技术性的,更是社会性的。的确,从单一公司到集团公司的转换就是这种巨大的社会变革的典型例证。这种变革虽然来得悄然,但影响却不容低估。虽然这种巨变早已发生,虽然关联公司已形成跨国规模,但遗憾的是,法律拒绝承认这种现实、失于做出相应的变革,甚至很少去关注这种转化。

当今,关联企业已成为一种普遍存在的经济现象,限制或敌视这种成功的、具有竞争力的、重要的经济组织形式将是不明智的,其已给现行法律带来的冲击已成为一种不容忽视的法律现象,因此现在是需要我们将它纳入到我们的法律体系之中的时候。这种现实与需要产生于这样的事实:在关联企业情形下,公司的董事执行其经营管理业务时,一方面,他必须要为自己公司谋取利益;另一方面,他又须服从于外来力量的统一管理。这是矛盾的。面对这种矛盾,公司董事该如何是好呢?法律在这里变得不确定,因而不能给出明确的答案。

关联企业的一个重要标志就是统一管理,或者说外部控制,建立关联企业法律机制实质上就是要承认它的合理存在,即是说,要使这种统一管理或外部力量合法化。然而,关联企业本身又是一个矛盾的集合。这种矛盾的集合主要表现为单一公司自身的利益和关联企业作为一个整体的利益之间的冲突。因而,关联企业法律制度的建立相应地由两部分内容构成:一是要建立关联企业的合法化机制;二是要建立起关联企业的责任机制。

关联企业的合法化机制意味着法律应允许企业之间可以利用特定手段形成企业之间的联合。企业,在一定意义上说,是一种资本的集合,因而关联企业联合本身也就主要体现为资本的联合,这种资本参与即人们通常所说的 M&A,即企业之间的并购,通过这种资本的运作,使得统一管理或外部控制成为可能。此外,企业合同也是一种可选择的方式,这是一种企业间以旨在形成统一管理经营、服从统一安排、指挥的合同行为关系。

将若干企业纳入到统一管理体制之下,或使若干企业服从于来自于他企业的控制力量,势必破坏了在单一企业体制下的那种利益平衡机制,从而需要去寻求新的利益平衡机制。这就是,如果你要承认这种来自于外部力量的控制或统一管理的话,那么同时你也要考虑到这种来自于外部的力量可能给其受到支配的从属性企业所带来的不利影响从而及于从属公司的少数股东甚至从属公司债权人的利益。控制公司对此应承担责任的,这一责任是它获取控制地位的对价。关联企业法制的全部意义就在于:既不能因为关联企业所带来的负面效应而否定它、拒绝它;也不能靠牺牲他人的利益来肯定它、接受它。法律的目标和任务就是要在这种冲突之中建立起合理的平衡机制。

在一定空间范围意义上讲,关联企业在我国尚属新生事物,在法学领域仍是一块鲜有人涉猎的空白领域。这意味着本文的研究势必要采取比较的方法考察和研究国外的有关关联企业的法律制度,以期取他山之石为己用。我的博士学位论文本身直接选题于中国现实的企业改革,并期望将研究反馈于中国现实的企业改革。这也是我的论文的终极意义所在,而不只是闭门造车以搏得一顶博士帽而已。

目 录

<u>第一章 关联企业的法律观</u>	(1)
一、对关联企业的法律界定	(1)
二、对关联企业特质的分析	(6)
三、关联企业的外部表现形式	(14)
<u>第二章 关联企业对现行法律的挑战</u>	(26)
一、目标与任务	(26)
二、关联企业的公司法调整	(27)
三、内幕交易的证券法调整	(41)
四、非常规交易的税法调整	(48)
五、企业联合的反垄断法调整	(56)
六、关联交易的会计准则要求	(62)
<u>第三章 关联企业的形成(一)</u>	
——关联企业的形成方式论	(77)
一、关联企业与企业兼并	(77)
二、关联企业与企业合同	(86)
三、形成关联企业的其他方式	(92)

第四章 关联企业的形成(二)

——转投资法律行为之考察 (100)

一、历史与现实 (100)

二、对转投资法律行为的认识 (103)

三、转投资之法律问题 (106)

四、转投资之规范 (112)

五、违反转投资限制之责任 (117)

六、对转投资所引起的负面效应的调整 (119)

第五章 关联企业的形成(三)

——公司收购法律制度研究 (123)

一、公司收购的层次与结构分析 (123)

二、公开收购 (125)

三、公开收购程序 (128)

四、公司收购中的披露义务 (132)

第六章 对从属公司债权人的法律保护 (139)

一、问题的提出 (139)

二、解决的途径 (141)

三、对有限责任制度的反思

——寻求利益平衡的支撑点 (156)

四、责任的构成及其形式 (162)

五、控制的定义及其效果 (171)

六、破产债务的特殊问题 (174)

第七章 对从属公司及其少数股东的法律保护..... (179)

一、概览性比较 (180)

二、控制股东的诚信义务	(186)
三、股东派生诉讼	(195)
四、对不公平之有害行为的替代救济	(201)
五、对不利影响的限制	(203)
六、保障一定股息与红利	(203)
七、换取控制公司股票或现金收买股份	(205)
八、关联报告	(206)
九、申请调查和获取信息的权利	(207)
十、对我国公司法上关于少数股东保护的检讨	(211)
第八章 中国关联企业的发展及其法律对策	(223)
一、中国关联企业的产生和发展	(223)
二、中国关联企业的形成方式	(230)
三、国有控股公司	(238)
四、中国关联企业的立法问题	(249)
主要参考书目	(257)
后记	(269)

第一章 关联企业的法律观

一、对关联企业的法律界定

在企业发展史上,商事企业的结构是随着它所赖以存在的社会经济环境所提供的条件而不断地发生着变化。现代企业制度可以说是规模生产经营的产物,但其渊源可以追溯到更早。早期时候的意大利和地中海沿岸,商业相当发达,各地商人云集罗马,罗马成了商人们进行贸易的中心城市。伟大的诗人乔叟(Geoffery Chaucer)曾对此描写道:

“古时有一班富商住在叙利亚,严谨公正,向各地广销香料、丝绸和五颜六色的绸缎。他们的货色又新又好,人人都愿同他们交易,也愿把货物卖给他们。他们中的几个首要人物准备亲自去罗马进行贸易和游玩;到了罗马,住在适当的住所”。^①

为了适应商业的需要,企业组织应运而生。首先出现的是一种家族经营团体和康曼达组织。家族经营团体是由个体商业演变而来的,当个体商人死亡而由若干人继承时,即发生个体企业由其亲属共同继承从而形成共同经营团体,共同继承人对该商业负无限责任,到中世纪后期,这种家族经营团体模式逐渐扩展到欧洲而被普遍接受。而康曼达(Commenda)则是海运企业的一种组织形式。康曼达实际上是一种商事合伙契约,其拉丁语义含有“信用”与“委

^① 参见乔叟《坎特伯雷故事集》第149页,企鹅古典文学出版社,1951年版。

托”的意思,一方合伙人提供资金,另一方合伙人从事航海贸易,双方根据合伙契约分配利润,形成了资本与劳务的结合。随着康曼达组织由海上发展到陆上,它进而演变成商人之间的合伙团体。这就是现代企业的雏形,它是现代公司、合伙企业和独资企业的前身。

然而,到了十九世纪工业化初端,曾经在社会经济生活中一直起着主导作用的个体企业(individual entrepreneur)和合伙企业(partnership entrepreneur)让位给了以资本联合形式所形成的股份公司。相应地,股份公司,尤其是上市股份公司的功能亦随着社会经济的不断发展而得以不断完善。这典型地表现为:它完成了企业从人合同合资的过渡和转变;它使企业得以自己的人格独立地存在于社会之中,并且形成了企业的民主体制。我国著名法学家江平教授将此现象经典式地归纳为:以股份公司为其主要表现形式的现代企业是一种资本企业、自治企业和民主企业。^①可见,股份公司的产生和发展给企业结构带来的变化是何等的深远。

然而,人们今天所看到的股份公司已不再象悬挂在天空中的一颗孤独的星体,而是天体星系中的一份子。企业的功能不再由单一的公司来完成,取而代之的是它将由多数不同形式的公司联合来共同完成。这是当今社会经济生活中的主流现象。尤其是在经济发达国家更是如此。在功能转变过程中,大型公司或者将其特定职能交由单独的企业去执行,或者将某一商事实体吸纳到自己公司麾下,以追求经营活动的多样化和规模化。其结果形成了以多数企业联合的“企业卫星体系”。^②我们发现股份公司,尤其是上市股份公司,置身于这种卫星体系的中心。其股份的可让渡性是形成这种卫星体系的重要手段。通过这种方法,企业完成了企业利益一体

^① 参见江平著“市场经济与公司法”一文,载肖扬主编《社会主义市场经济法制建设讲座》第134~156页,中国方正出版社,1995年版。

^② See Ulrich Immenga, *Company System and Affiliation*, Chapter 7, Volume XIII of *International Encyclopedia of Comparative Law*. J · C · B Mohr (Paul Siebeck) P. 1, 1985.

化的进程。除此之外,当然还可以通过其他一些方法来促成这一转化过程,如企业合同、表决权协议、联锁人事等形式。当今世界,几乎所有的最重要的经济部门都已采取了这种企业联合形式,它们在各自的国家经济领域和经济生活中扮演着重要的角色和发挥着重要的作用。

然而令人遗憾的是,面对如此广泛存在的商事企业联合现象,法律却失于做出适时而恰当的反应。迄今为止,尚未出现一个共通的为人们广泛接受的法律名称来定义或界定它。在经济生活中出现的托拉斯(Trust)、卡特尔(Cartel)、辛迪加(Syndicate)、康采恩(Konzern)、企业集团(Group Enterprises)等表现企业集中(concentration of enterprises)这一现象的各种企业联合形式已为人们熟习,但这些概念却不能表明其法律特征和属性。这种缺陷毫无疑问应归咎于法律的保守和迟钝,法律将这种变化仅仅看作是企业结构的变化而没有引起足够的重视。终究,这种结构的变化也是一种现实的存在,人们又如何能够做到熟视无睹呢?

事实上一些国家,如美国和德国的法律已经对这一现象做出了一定的反应,尽管还不成熟;在西方国家的一些法律著述中也可以发现有关这一问题的学术讨论,尽管还不充分。在英美国家,最早出现并最经常使用的是“控股公司”(holding company)和“子属公司”(subsidiaries)这样的概念。然而这样的概念和名称最多也不过表明公司之间的等级关系,而且有关这方面的法律也仅存在于判例之中。好在事情已经开始有了变化。在美国,象“公司体系”(company systems)和“关联公司”(affiliated companies)这样的术语已经开始使用,只不过这些概念还缺乏具体的法律内容,它最多只表明存在于企业之间相对紧密的联系罢了。^①只有在德国,这种

^① See e. g. Section 2(a) of U. S. Investment Company Act of 1940.

商事企业的联合才得到了法律的正式承认并有了正式的法律定义。^①其最重要的表现形式就是康采恩(Konzern), 它将其称为“关联企业”(Verbundene Unternehmen)^②——一个表示对若干法律上独立的企业进行集中管理的术语。这些企业在相互关系上属于拥有多数资产的企业或占有多数股份的企业, 支配企业和从属企业、康采恩企业、相互参股企业或互为一个企业合同的签约方。^③此外, 象母公司(Mutter)和子公司(Tochter)这样的概念在德国也经常地被使用, 但却尚未出现在正式法律中。

在日本, 虽然关联企业没有出现在基本法律中, 但在其财务诸表规则中却做出了较为详细的阐述。该规则第8条第4款规定: 一方公司实质上拥有另一公司20%以上50%以下的表决权, 并通过人事、资金、技术和交易等手段严重影响该公司的财务与经营方针者为关联公司。该财务诸表规则第8条第5款规定, 当按照证券交易所的规定向政府报送财务报表的母公司及其子公司、关联公司, 以及财务报表报送公司是关联公司时, 与其有关联的公司都叫做“关系公司”。换言之, 关系公司是母公司和子公司以及其所谓关联公司的统称。^④

我国台湾地区接受并使用了“关系企业”这一表示统称的概念, 并且在使用上与日本的使用意义也是一致的。其法律学者使用“关系企业”一词作为具有母子关系、参股关系之企业联合的统称。^⑤ 其立法也径直以“关系企业”作为其关系企业法的正式名

^① 德国股份公司法(Aktiengesetz, 1965 下称 AKTG)在其第三编中对“关联企业”做出了专门的规定。

^② 台湾学者将之翻译为“结合企业”, 参见赖英照主编《公司法论文集》第161页, 1990年版。

^③ AKTG § 15

^④ 参见张扣娣编译《日本企业集团的母子公司关系》第2页, 经济科学出版社, 1993年版。

^⑤ 参见赖英照《关系企业法律问题及其立法草案之研究》, 载《公司法论文集》, 1990年版。

称。^①

在我国,人们已经开始使用关联企业这一用语,但作为正式的法律术语则首见于我国的税法之中。^②根据我国税法中的规定,关联企业是指:在资金、经营、购销等方面,存在着直接或者间接拥有或者控制关系、直接或者间接地同为第三者所拥有或者控制、其他在利益上具有相关联的关系的公司、企业、其他经济组织。^③值得一提的是,1997年5月22日由财政部发布的《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》之中要求规范关联方关系和关联方交易的披露。根据该“准则”,所谓“关联方关系”,是指在企业财务和经营决策中,如果一方有能力直接或间接控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响,该“准则”将其视为关联方;如果两方或多方同受一方控制,该“准则”也将其视为关联方。所谓“关联交易”,是指在关联方之间发生转移资源或义务的事项,而不论是否收取价款。在存在控制关系的情况下,关联方如为企业时,不论他们之间有无交易,都应当在会计报表附注中就一定事项予以披露。^④

综上所述,我们发现作为一种广泛的经济现象存在的关联企业这种企业联合体已经逐渐引起了法律的注意,这种反应,除个别国家外,仍然是初步的、自发的、不系统的。它留给人们的依然是广

^① 参见台湾“公司法”(1997年5月13日)第6章之“关系企业”。

^② 1991年的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》第13条及《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》第四章首次从税收的角度对关联企业做出了规定。随后又见之于1992年颁布的(1995年修正)《中华人民共和国税收征收管理法》第24条及《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第36—41条之中。虽然我国公司法规定了转投资(公司法第12条)及子公司(第13条),但却没有对关联公司做出专门的规定,这不能不说是一大遗憾。国外的公司法也鲜有直接规定关联公司的(德国除外)。一方面是由于国外的公司法产生较早,关联公司在当时尚未引起人们的足够重视;另一方面则是由于一些国家的司法实践有所补充。而作为本世纪最后十年才产生的中国公司法没有规定这一问题,似有不尽人意之处。这就是作者所谓的“遗憾”了。

^③ 参见《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法实施细则》第52条和《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》第36条。

^④ 参见财政部1997年5月21日发布的《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》,财会字[1997]21号。

阔的空间和模糊的概念。从上面的论述我们亦可以看出,即使是在法律概念上,尚未有公认的标准为人们广泛地接受,更不用说在法律界定方面存在的缺陷。为了研究问题的方便起见,我们需要首先从学理上给关联企业下一个定义。这种定义可以大致概括为:关联企业是指企业之间为达到特定经济目的通过特定手段而形成的企业之间的联合。申言之,这里所谓的“特定的经济目的”无非是指企业之间为了追求更大的规模效益而形成的控制关系或统一安排关系;所谓“特定的手段”无非是指通过股权参与或资本渗透、合同机制或其他手段如人事连锁或表决权协议等方法;所谓“企业之间的联合”则特指具有独立法人地位的公司企业之间的联合。如属非独立法人,则谈不上联合。

这一定义仍是初步的,甚至武断的。但我们不得不这样做的苦衷是,它是我们进一步研究问题的一个必不可少的前提。为了进一步明晰这一定义,我们将从这一定义出发,对关联企业的内质和外延予以进一步的分析。

二、对关联企业特质的分析

关联企业不仅是现代社会经济生活中一种日趋重要的经济现象,而且是一种尚未得到充分认识和了解的法律现象。因此,我们有必要对关联企业这一法律概念的特质予以进一步的法律透视。

(一)关联企业是一种具有独立法人人格的企业之间的联合体。

首先,关联企业中的成员企业必须具有独立的法律人格。这是构成关联企业的不可或缺的前提条件。

依传统的企业概念,企业表现为单体性,它是一个独立的法人。以典型的企业型态——公司为例来说,它是一个具有独立法律地位的实在体,它具有权利能力和行为能力,它能够以自己的名义