

商事法专题研究文库 王保树 主编

关联交易的法律规制

Legal Regulation on Affiliated Transaction

李建伟 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家社科基金青年项目（批准文号05CFX010）

商事法专题研究文库 王保树 主编

关联交易的法律规制

Legal Regulation on Affiliated Transaction

李建伟 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

关联交易的法律规制 / 李建伟著. 北京: 法律出版社, 2007. 5

(商事法专题研究文库)

ISBN 978-7-5036-7331-3

I. 关… II. 李… III. 公司法—研究—中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 062987 号

© 法律出版社·中国

商事法专题研究文库

关联交易的法律规制

李建伟 著

责任编辑 刘彦洋
刘文科
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.625 字数 380千

印次 2007年6月第1次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792/9779

咨询电话 / 010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010-63939781/9782

重庆公司 / 023-65382816/2908

北京分公司 / 010-62534456

苏州公司 / 0512-65193110

西安分公司 / 029-85388843

上海公司 / 021-62071010/1636

深圳公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5036-7331-3

定价: 33.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《商事法专题研究文库》是一套商法专题研究的系列书,由清华大学商法研究中心编辑,由法律出版社出版。入选书目由主编和法律出版社共同确定,其每一本书的著作权属于该著作的作者。清华大学商法研究中心是经清华大学校务委员会批准设立的校级研究机构,实行开放式研究的方针。因此,入选文库的作者不限于清华大学商法中心的学者,而是包括本中心内外的商法学者,特别是中青年商法学者。

20世纪90年代以来,中国的商事立法发展迅速。与此相适应,商法学的学术研究也有了很大发展。因此,今天讨论商法学科的建设,其起点已非同本文库第一本书出版时的1997年春天。人们谈起商法和商法学,往往都注意它的技术性,如从商法与市场经济实践的关系上看,这种“注意”是应该肯定的。但是,仅注意这一点则是很不够的。必须肯定的是,它的每一个具体问题后边都有深刻的理论需要探讨,因而它也是博大精深的。当年,刚开始编辑出版本文库时,我曾经以荀况在《劝学》所讲的话表达我接触商法研究时的心

情,即“故不登高山,不知天之高也,不临深溪,不知地之厚也……”经过多年的商法研究工作,越发感觉如此。从人们研究商法的实践看,到达浩瀚大海的彼岸是可能的,但这种机会只能给那些不辞辛苦、积极耕耘的人。为了搭建繁荣商法研究的平台,我们将继续编辑《商事法专题研究文库》,使更多的商法学者有机会发表他们的创新之作。

商法学的任务是认识商法,研究商法产生和发展的规律。《商事法专题研究文库》非常关注这一任务的实现。实践已告诉人们,社会主义市场经济的发展和法治的发展需要商法学,因而必须下工夫推动商法学学科建设的发展。而研究商法应立足于中国的商法,包括解决中国商法发展遇到的问题,以及中国商法如何适应全球竞争的要求。我们重视借鉴境外的商法经验和学说,但这也是为了解决中国商法的问题。否则,对于中国商法发展和学科建设就意义不大了。当我们评价中国商法研究状况的时候,必须充分肯定商法学界已经取得的成绩。同时,也不能忽视尚存在的缺陷和问题。如果将中国商法理论结构的三部分比喻为行进中的团队,相比较而言,它们的行进速度是很不相同的。可以说,商事主体(主要是商业组织)这个团队步伐较快,商行为团队次之,总论团队步伐最慢。如果再在第二个层次上考量,在商事主体团队中,公司这个分队步伐较快,其他分队次之;在商行为团队中,证券分队较快,票据分队次之,其他分队则进展较小。我希望,《商事法专题研究文库》收入的著作能在改变上述结构不平衡的商法研究状态中有所贡献。

《商事法专题研究文库》也非常关注商法学研究方法的改革。适应商事立法发展第二个高潮的需要,商法学界比较多地运用了立法论的研究方法,显然,这种研究方法为商法和商法学的发展做出了贡献。但是,商法学的发展需要多种研究方法的运用,诸如法解释学的研究方法、法社会学的研究方法、实证研究方法、法经济学的研究方法等,都应该在商法学的研究中得到运用。当前,在商法学的研究中,特别是对于已完成新一轮重大修订的商事法领域的研究中,应特别重视法解释学研究方法的运用。因为,商事法律现象是纷繁复杂的,抽象的条文不经过解释,无

法适应解决问题的需要。商法的解释如同其他法的解释一样,包括有解释权的机关(如立法机关、司法机关)的解释和有权机关解释之外的解释。这里,主要指的是后者。有的人认为,解释就是为立法歌功颂德,这显然是一种误解。我们稍加注意即可发现,法官、律师、学者每天都在不断地解释商法。可以说,法解释是一个大学校,它可以使人们认识商法,也可以使人们正确地运用商法。商法的适用需要解释,商法的发展需要解释,商法理论的发展也需要解释,法解释的生命力就在于商法的实践之中。无疑,解释的角度会有不同,但都是在探求立法的真意。并且,不同的商法解释的争鸣,促进人们重新认识商法,其共识就成为商法理论的一部分。法解释运用于商法各领域,积累经验,发现问题,也可以为商法的进一步完善创造条件。当然,多种研究方法的运用与推广并非易事,它需要人们正确地认识和把握每种方法。否则,会画鹿不成画成了马。我们之所以如此关注研究方法,是寄希望人选《商事法专题研究文库》的著作作为研究方法的改革,特别是为当今法解释学方法的运用做出自己的努力。

《商事法专题研究文库》的人选标准坚持学术性。具体地说,仍坚持:(一)入选的著作必须是学术著作;(二)须是对商法专题研究的著作;(三)须是符合学术规范的著作。由于博士论文大多是研究专题的著作,因而以往人选的比较。但是,应特别强调,《商事法专题研究文库》不是专针对博士学位获得者设立的“博士论文文库”。相反,凡符合上述标准的商法专题研究著作(包括博士论文)均可申请入选本文库。

《商事法专题研究文库》编辑出版将近10年,它得到了作者、读者、法律出版社的积极支持,谨在此表示深深的谢意。我热忱地欢迎有更多的商法学专题著作人选《商事法专题研究文库》,也希望《商事法专题研究文库》的持续出版能为读者提供更多的精品与佳作。

是为此序。

王保树

2006年11月3日于清华大学明理楼

目 录

引言 / 1
第一章 关联交易的法律界定 / 8
第一节 关联人 / 9
一、关联关系 / 9
二、控制权 / 13
三、控制的组织形态 / 26
四、关联公司 / 38
五、关联人 / 46
第二节 交易及关联交易 / 55
一、交易 / 55
二、关联交易:定义与特征 / 56
三、关联交易的分类及其意义 / 61
第三节 关联公司与关联交易的关系:以安然的选择为例 / 68
第四节 我国关联交易界定的几个特殊问题 / 73
一、国有企业集团的关联交易 / 73

二、民营企业的关联交易 / 75

三、上市公司的关联交易 / 76

第二章 关联交易与利益冲突——法律规制的价值与原则 / 78

第一节 公司法上的利益冲突与平衡 / 78

一、公司治理与利益冲突 / 78

二、利益冲突类型及其展开 / 83

三、公司法上的利益平衡及其价值取向 / 88

第二节 不公平关联交易与利益冲突 / 93

一、引言 / 93

二、克拉克的四个利益冲突模型 / 94

三、我国不公平关联交易的实证 / 97

四、结论 / 110

第三节 规制关联交易的基本原则与价值选择 / 111

一、关联交易之利弊分析 / 111

二、法律规制的价值选择 / 117

三、法律规制的基本原则 / 133

第四节 一个制度变迁的实证 / 138

一、关联担保：一项引人注目的关联交易形式 / 139

二、法律规制及其变迁轨迹 / 141

三、关于关联担保制度变迁的进一步思考 / 169

第三章 规制关联交易的法律体系 / 181

第一节 规制关联交易的法律体系及其展开 / 181

一、规制关联交易的制度架构 / 181

二、若干范畴之关系 / 184

三、规制关联交易的法律体系及其构成 / 199

第二节 我国规制关联交易的法律体系：形成、现状与评价 / 201

- 一、税法及会计法 / 202
- 二、公司法 / 206
- 三、证券法及证券监管规章 / 208
- 四、商业银行法及银行业监管规章 / 214
- 五、刑 法 / 216
- 六、其 他 / 219
- 七、小 结 / 220
- 第三节 完善规制关联交易法律体系的总体思路 / 223
 - 一、不公平关联交易的成因 / 223
 - 二、总体思路 / 227
- 第四章 董事自我交易的具体规制 / 233**
 - 第一节 比较法的分析 / 233
 - 一、美 国 / 233
 - 二、英 国 / 240
 - 三、法 国 / 242
 - 四、日 本 / 244
 - 五、韩 国 / 247
 - 六、我国台湾地区 / 248
 - 七、俄罗斯 / 250
 - 八、结论及启示 / 253
 - 第二节 规制董事自我交易的几个具体问题 / 255
 - 一、适用范围 / 255
 - 二、生效条件 / 259
 - 三、披 露 / 261
 - 四、举证责任分配 / 263
 - 五、实体公正的审查 / 264
 - 六、法律责任及其追究机制 / 266

七、董事报酬问题 / 267

第一节 我国董事自我交易制度及其完善 / 283

一、1993年《公司法》 / 283

二、2005年《公司法》 / 288

三、完善我国董事自我交易制度的建议 / 292

第五章 控制股东自我交易的具体规制 / 301

第一节 引言 / 301

第二节 比较法的分析 / 303

一、英国法 / 303

二、美国法 / 306

三、香港地区法 / 313

四、德国法 / 315

五、法国法 / 317

六、日本法 / 318

七、我国台湾地区 / 322

八、启示 / 324

第三节 控制股东 / 325

一、控制股东的诚信义务 / 325

二、事前批准与控制股东的表决权排除 / 327

三、限制相互持股 / 333

四、公司章程自治 / 336

第四节 保护从属公司少数股东 / 344

一、引子 / 344

二、知情权 / 345

三、出席权 / 351

四、股东诉权 / 355

五、独立董事的作用 / 361

六、董事责任及其追究机制 / 364
七、小 结 / 367
第五节 保护从属公司债权人 / 367
一、问题的提出 / 367
二、法人格否认原则 / 369
三、深岩原则 / 380
四、董事的责任 / 382
五、中介机构的责任 / 384
第六节 证券法制的作用 / 385
一、引 子 / 385
二、域外法的考察 / 386
三、我国的问题 / 391
结语：出路与展望 / 395
参考文献 / 413

引言

法律对关联交易的规制,是对市场经济中一种交易行为的规制,也就是对市场经济的规制,具体体现为对市场经济中经济人的规制。是故,探讨“关联交易的法律规制”这一课题,不能不置于法治(rule of law)之于市场经济的作用这一更宏大的背景下进行。

现代市场经济作为一种有效运行的体制的根本游戏规则就是法治,法治是建立现代市场经济体制的制度基础。这是人们已经达成的一个基本共识。人们的共识还包括,法治是通过两个层次的作用为市场经济提供制度保障的:一是约束政府的权力,防止政府对经济活动的任意干预;二是约束经济人的行为。法治在以上两个层次发挥作用的方式主要包括保护财产权,保证合同和法律执行,公平裁判,维护市场竞争。用一句话来概括,就是“法治造就有限政府和有效政府”。^①有限政府意味着政府干预市场经济的权力应该受到法治的严格限制。违背有限政府的情况主要有二:一是政府颁布了过多的限制经济人自由的法律;二是限制政府任意干预权力的法律太少以及(或者)得不到良好的执行。这两种情况都应引起我们足够的警惕,尤其是我们原有的法律很少,“无法可依”情况一度很严重,

^① 钱颖一:“政府与法治”,载《比较》(第5辑),中信出版社2003年版,第6页。

就很容易走上法律越多越好的歧途。实际上,太多的限制经济人活动自由的强行性规范已经成为我们发展市场经济的制度性障碍。还有,我国规范经济人的法规多由行政执法部门制定,由这一立法体制产生的多数法规限制政府任意权力太少,各级政府普遍将法律作为管理经济的一个工具,“以法治国”(rule by law)的观念与制度误区普遍存在,也是对法治环境的破坏。

有限政府要求放松管制,反对过多的强行性规范限制经济人的活动,但有效政府则要求引入某些规制来约束经济人行为。经济人必须被约束,这是人们关于市场经济的另一个基本共识。如果经济人的行为不受约束,为了获取更多的利益,总有一些人会事后“机会主义”,想尽一切办法来占他人的便宜。但问题在于,他人也是理性的。在反复的博弈中就会形成经济人之间的“不可信承诺”问题,结果是“双输”局面的形成。对经济人的约束机制来自于三个方面:一是经济人自己对自我声誉的维护;二是社会的非正式习俗;三是政府对产权保护和合同、法律执行的监管。历史证明,仅仅依靠前两个约束机制并不足以约束经济人,因此,政府规制的引入具有必然性。要发挥有效政府即法治之于市场经济的作用,政府就必须明确界定财产权,保护财产权,执行合同和法律,维护竞争秩序,部分地规制市场,等等,以为交易双方达到“可信承诺”,进而形成“双赢”之效果。^①

然而,就法治之于市场经济作用的内容和程度如何,是存在不同看法乃至严重分歧的。这一分歧源于政府作用的“基本两难”^②(fundamental dilemma)或“基本权衡”^③(fundamental tradeoff)命题,具体表述为:国家要足够强大,方具有足够的强制力去执行合同;但国家又不

① 此处主要参考钱颖一:“市场与法治”,载《经济社会体制比较》2000年第3期。

② Barry Weingast, Rui de Figueiredo, *Self-Enforcing Federalism: Solving the Two Fundamental Dilemmas*, Working Paper, Hoover Institution, Stanford University, Nov. 1998.

③ LLSV, *The New Comparative Economics*, Journal of Comparative Economics, December, 2003.

能过分强大,以至于可以不受约束,滥用强制力,任意侵犯公民的财产和权利。尽管时至今日分歧仍在,但要求政府在以下两个方面发挥规制作用则是不存争议或少有争议的:一是界定保护产权、执行合同,即充当“守夜人”角色;二是制定某些法律来规制金融市场、金融机构、公司治理结构,以及涉及人体健康安全、环境保护和反垄断等方面的规制。

需要指出的是,法治之于市场经济的第一、二层次作用之间存在着密切联系,第二层次的作用以第一层次作用为前提,只有政府与市场保持一定距离(arm's length),法治的第二层次作用之发挥才有一个法治的基础。法治之于市场经济的两层作用发挥的程度是区分好的市场经济与坏的市场经济的关键分水岭。坏的市场经济产生的根源在于没有好的法治基础,具体原因无外乎两个:一是政府权力未受到法律的有效约束面由此窒息了经济活力;二是政府未能较好地履行约束经济人的职责,比如财产权界定不明晰,财产权得不到有力保护,合同得不到有效执行和纠纷无法获得公正解决,政府规制资本市场不力导致市场危机,等等。众所周知,对经济发展来说,最重要者莫过于财产权得到保护和合同得到执行,这些都是法律和法治的概念。在市场经济条件下,保护财产权与执行合同就是依赖由立法、执法、司法组成的法治制度框架而获得实现的。法治的第一任务是立法,即制定出在限制国家任意权力和有效规制经济人行为之间取得良好平衡的法律规范;第二任务是执法和司法,以保证立法得到良好的实现。许多国家,特别是广大发展中国家的经验一再证明,执法与司法的差别比书面文本上的立法的差别对经济的影响更大,这是因为执法与司法的进步比立法更为艰难。这告诉我们,要真正完善法治以建立好的市场经济,执法与司法比立法的难度要大得多。这一发展经验对我国也是适用的。近年来,我国在规范市场经济中经济人行为的立法方面进展相当快,但执法与司法明显没有跟上步伐,就使执法与司法问题显得格外突出。具体到目前我国资本市场的规

制问题,主要存在两大类问题:一是不足,二是不当。^① 具体而言,在立法环节,限制政府任意权力不足和限制经济人行为自由的方式不当的问题并存,过多限制经济人的正当行为自由和对经济人不当行为的规制不足的问题并存;在执法与司法环节,明显的不足是已经制定出来的良好规范未能获得良好的实现。

本课题研讨“关联交易的法律规制”,就是在上述理论背景下进行的。关联交易,就是指某一公司企业(称为相关公司)与其关联人之间的交易。作为市场经济中一种交易类型,关联交易本身是中性的,并无绝对的利弊之分,但在现实生活中,关联交易常常伴随着相关公司的利益损失而发生。这是因为,关联交易的双方名义上是民法上相互独立、地位平等的民事主体,实则不然;关联人作为交易的一方当事人利用股权控制等多种制度安排控制了作为交易另一方的相关公司,从而实际操控了交易的进行,于是,关联人便很可能乘机向相关公司伸出“掠夺之手”(grabbing hand)。关联人一旦伸出掠夺之手,就会引起关联人与相关公司及其诸多利益相关者之间激烈的利益冲突。依此分析,关联交易应该成为法治之于市场经济的第二层次作用的对象,即政府应该对关联交易中的关联人的行为予以必要的规制,以防止关联人掠夺相关公司的钱或者将已经从相关公司掠夺来的钱再掏出来还给相关公司。

所谓规制,对应的英文词是“regulation”,它还有多种译法——监管、管制、控制、干预等等。如在资本市场、金融产品的场合,常用“监管”。在劳动力市场,常用“管制”,“控制”与“干预”则是通常的用法。而在产品市场(如电信)的场合,更常用的是“规制”。^② 本文使用的“规制”一词,是在与监管、管制等类似概念相当意义上使用的。前面的分析让我们看到,对于不公平关联交易,法治面临的问题不是规制与否的问题,而是以什么样的适当方式规制,规制到一个什么样的适当程度,并达到什

① 钱颖一:“市场与法治”,载《经济社会体制比较》2000年第3期。

② 钱颖一:“政府与法治”,载《比较》(第5辑),中信出版社2003年版,第10页。

么样的制度效果的问题。这也正是本课题所要探讨的主要问题之所在。

关联交易主要发生在相关公司与其关联人(包括控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员)之间,故不公平关联交易所引发的利益冲突主要发生在相关公司与其股东、董事、监事、高级管理人员等利益主体相互关系之间,而公司、股东、董事、监事、高级管理人员等利益主体之间的关系正是公司内部治理(即狭义公司治理)的制度范围。在此意义上,关联交易问题本质上就是一个公司治理问题,讨论关联交易的法律规制,应该放在公司治理的法律规制这一背景和框架下进行。以公司治理的法律规制为背景和切入点来研讨关联交易的法律规制问题,正是本研究得以展开的基本视角。

本课题研究拟采取比较分析、实证分析、规范分析、案例分析等研究方法,主要研究以下问题:第一,关联交易的内涵与外延界定,以及关联公司与关联交易之间的内在联系。科学定义关联交易的关键在于合理界定关联人的外延。虽然存在基本的共性,但基于所处的历史传统、社会文化、公司股权结构和公司治理水平的差异,对于不同国家、地区以及同一国家、地区的不同类型的公司而言,立法对其关联人的外延界定以及所着重关注的关联交易类型均有不同,成功的立法都是依据本国的具体情况做出合理选择。立法者还要关注的是,关联公司与关联交易之间存在着秘而不宣的天然联系,安然等公司的选择向人们昭示,一家企业集团之所以大力培育、设立众多关联公司,往往以能够进行形式多样的关联交易为其基本出发点和归宿。第二,关联交易所引发的公司法上的诸利益冲突,以及法律规制关联交易的价值与原则选择。不同类型的公司发生的关联交易所引发的利益冲突类型存在极大不同。在股权相对集中的我国公司中,不公平关联交易引发的利益冲突主要发生在控制股东与公司、少数股东之间,其次才发生在公司股东与债权人之间,以及股东与经理人之间。法律规制关联交易的制度目标是多方利益的平衡,并注重保护少数股东等弱势者的利益。为达此目标,法律可采用的规制方法有多种,立法唯应慎重选择与规制目标相适应的规制方法,以最小之

制度成本达到最好的制度目标。为此,应如何处理如公平与效率、程序正义与实体正义、放松管制与适当管制等范畴的辩证关系,立法者在此方面有太多的经验教训,后来者对此不可不察。第三,关联交易的法律规制体系及其构成。规制关联交易的宏观制度构架是一个庞大而有机联系的正式规则体系,法律规范是这一体系的核心,其运行效果受到这一规则体系内部的其他非法律规则以及非正式规则的影响。所以,对法律规范的形成及其实现效果的考察不应局限于法律规范本身。我国规制关联交易的法律规则体系经历了一个从无到有的过程,目前的制度建设初见成效,但也存在着进一步完善的较大余地。第四,董事自我交易的具体规制问题。依据关联人及交易发生机制的不同,关联交易划分为董事自我交易和控制股东自我交易,这是立法上对关联交易的最基本分类。董事自我交易虽非我国公司关联交易的典型形态,但其引发的后果已经足够地严重,故对其有效规制也是我国公司法的一项重要任务。关于董事自我交易的适用范围、生效条件、披露与实体公正审查程序、举证责任分配、法律责任及其追究机制等方面的制度建设,现行法已经取得相当的成效,但仍有不少值得进一步探讨和反思之处。在完善董事自我交易规制方面,域外法有非常丰富的立法资源可资借鉴,立法者面临的主要挑战是如何将这些可移植的规则成功地“本土化”,以求移植后的真正实效。第五,控制股东自我交易的具体规制。与域外法相比,我国立法面临的最大挑战是如何在现行政治经济体制和公司股权结构下实现规制控制股东自我交易的规则完善并确保其实效性。对此,2005年最新颁布的《公司法》、《证券法》在诸多环节做出了重要的立法努力和尝试。但这些书面上的制度规则能否真正地转换为生活中的行为准则,仍然是一未知数。

以上是依据本课题研究的章节顺序纵向探讨的若干重要问题。在横向结构上,贯穿于各个章节始末的主要研究线索还包括:第一,在各个具体制度的构成上,各国关于规制关联交易的法制状况,以及我国立法的制度变迁过程、现状、进一步改革的方向等。第二,各个部门法在规制