

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律組

碩士論文

中國大陸關聯交易之研究



**A STUDY ON THE RELATED PARTY
TRANSACTIONS IN CHINA**

研究生：曾筱茜

指導教授：王文杰 博士

中華民國九十七年五月

中國大陸關聯交易之研究

A STUDY ON THE RELATED PARTY TRANSACTIONS IN CHINA

研究生：曾筱茜

Student：Hsiao-Chien, Tseng

指導教授：王文杰博士

Advisor：Dr. Wen Chieh Wang



A Thesis

Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

May 2008

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十七年五月

中國大陸關聯交易之研究

學生：曾筱茜

指導教授：王文杰 博士

國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士班

摘 要

交易安全、交易效率與交易公平為市場秩序建構目標。但如果在具體交易活動中，將安全、效率與公平綜合衡量，則屬不易。在關聯交易及其法律規制中，如何均衡安全、效率與公平尤為不易。關聯交易發生在關聯人之間，本應可達其最優結果，但在當前市場環境，關聯交易卻給人負面印象，例如上市公司利用關聯交易掏空公司資產，嚴重損害公司、股東與債權人利益，並衝擊社會投資人與整體經濟，實值得探討研究。

本論文研究方向，以中國大陸法制、比較法學及實際案例為基礎，從預防、否定、調整、法律責任、救濟途徑各階段論述中國大陸關聯交易法規範，以期在海峽兩岸交易頻繁的現況下讓台灣企業瞭解對岸之關聯交易規範。

A STUDY ON THE RELATED PARTY TRANSACTIONS IN CHINA

Student : Hsiao-Chien, Tseng

Advisors : Dr. Wen Chieh Wang

Institute of Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

ABSTRACT

Safety, efficiency and Fairness are all goals in transactions to build market order. However, it is no easy to concern and balance the safety, efficiency and fairness at the same time in real transaction, especially in “Related Party Transactions”. The transaction between related parties shall of course reach the best balance of the above tree factors. But in current market environment, the term “Related Party Transactions” often gives negative impression. For example, the listed company uses related party transaction to swindle company asset and resulted in corporate crisis. Many incidents of business malpractices in public or OTC companies occurred, severely undermining the interests of companies, shareholders, and creditors, as well as those of the public investors and the overall economy of the local stock market. All theses are worthy of further exploration and study.

This paper uses legal theories, comparative jurisprudence, and case empirical studies to discuss the related party transactions regulations in Mainland China from below aspects and order: Prevention, Adjustment, Denying, Legal liability and remedy. Hope this paper will bring the overall aspects of related party transactions regulation in Mainland China for Taiwan enterprises.

誌 謝

進入交大科法所就讀，是我目前生涯中最不經意卻也最驚異的轉折性決定，且因唸科法所而轉換了不一樣的跑道。當初只是在婚後生小孩或是讀研究所二者選一之情形下報考，但卻在確認懷孕之隔一天恰巧得知錄取科法所，正當猶豫應如何抉擇時參加了科法所新生報到講座，前所長劉尚志教授的一語「沒關係，這兩者不衝突啊！你可以先休學一學期，等生完小孩再來念，前二屆學姊也兩三個人這樣」驚醒為此事煩惱不已的我，而所辦親切的素萍小姐更在我尚未正式進入科法所就讀的此階段幫忙跑完休學流程，讓我一開始就覺得科法所是個親切友善的地方。

在生完第一胎復學、開始正式進入科法所就讀的期間，每次上課、期中或期末趕報告、準備考試時，都是我爸爸媽媽不辭勞苦幫忙帶小孩，讓我能無後顧之憂去唸書吸收新知。在準備論文的期間，又懷了第二胎，就在自己覺得更不可能兼顧上班、二個小孩及學業而準備想放棄科法所的碩士學位時，爸媽又鼓勵我「都已經修完學分了，只差論文就放棄，不是太可惜？」而又繼續在週六、日再幫忙我支開小孩，讓我有暇寫論文。如果沒有他們絕對無私且鼎力支持（不論實質上或精神上支持都非常大力！），我是無法得以在修業期限內完成這篇論文的！

在就讀科法所的這段期間，有幸認識許多好老師及好朋友，正當苦無頭緒尋找論文方向及指導教授時，又幸運地因科法所楊寶鑑同學的引介而認識王文杰教授。相較於一般法律教授的嚴肅不苟，王老師相當親切給予指導且更幫忙蒐集大陸方面取得不易之文獻資料，讓我省去極多查詢資料及影印之時間，這也是這篇論文得以完成之重大原因。

最後，在我撰寫論文的過程中，不但公司的同事寶鑑、濠焜、振宇、柏瑾在業務上幫忙與分擔工作，且隔壁鄰居的新莊伯母、美娟、美音姊也在爸媽有事時幫忙協助照顧兩個小孩，令我感激。另外，也要謝謝每週二小組的 Jack、Gail、耕萱、小雅、美玲、玉雲，從論文下筆到準備口試都持續幫我代禱。謝謝老公幫忙維護電腦設備及給予意見，讓我論文寫到一半當機時不會手足無措，無須擔心論文泡湯。也謝謝女兒喬瑜從四歲起常常在我寫論文時於背後督促我「媽媽~ 你寫到第幾頁?你怎麼在上網! 趕快寫啦!」，還有謝謝小兒子愷鈞在論文進行到一半時已可以早早去睡，讓我有時間寫論文。

在此，再次感謝上述所有的人。擁有你們這些親友團的溫暖支持，才誕生了這篇論文！

2008. 5. 30

目 錄

	頁次
中文摘要	i
英文摘要	ii
誌 謝	iii
目 錄	iv
第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍與研究方法.....	2
第二章 關聯交易之定義	3
第一節 中國大陸關聯交易之定義.....	3
第一項 中國大陸關聯交易法律定義上之問題.....	3
第二項 關聯交易之公司法基本界定.....	4
第三項 中國大陸其他單行法之特殊定義.....	13
第二節 台灣與中國大陸對於關聯交易定義之比較.....	32
第三章 關聯交易優點、弊端及類型特徵	33
第一節 關聯交易之優點.....	33
第二節 關聯交易之弊端.....	34
第三節 非常規關聯交易之方法類型.....	36
第四節 關聯交易之法律特徵.....	39
第四章 中國大陸非常規關聯交易之特殊背景	43
第一節 中國大陸公司關聯企業發展之特殊背景.....	43
第二節 中國大陸上市公司濫用關聯交易之背景原因.....	45
第五章 中國大陸非常規關聯交易之事前預防規範方式	47
第一節 建構非常規關聯交易之預防機制.....	49
第二節 完善公司治理結構體系.....	51
第三節 確立上市公司關聯交易的外部監督制衡體系.....	87
第四節 強化關聯交易之資訊揭露制度.....	94
第五節 改進公司上市輔導與保薦制度.....	104
第六節 實施預約定價制.....	112
第六章 中國大陸非常規關聯交易之審查、調整與否定	127
第一節 中國大陸關聯交易之審查與非常規關聯交易之認定.....	127
第一項 對關聯交易之行政審查.....	127
第二項 對關聯交易之市場審查.....	130
第三項 對關聯交易之司法審查.....	132
第二節 非常規關聯交易之調整.....	134

第一項	會計調整與審計—減少對投資者的誤導及對稅權的侵害.....	135
第二項	稅收調整（稅務稽查）--減少對稅收之危害.....	145
第三項	歸入制度—減少對公司、股東及利害關係人的損害.....	150
第四項	少數反對股東之退場機制—減少對少數股東之危害.....	153
第三節	非常規關聯交易之否定.....	155
第一項	關聯交易之撤銷與無效.....	155
第二項	公司法人格否認—保護公司債權人.....	157
第七章	中國大陸非常規關聯交易之法律責任.....	167
第一節	非常規關聯交易之責任基礎.....	167
第二節	非常規關聯交易之民事責任.....	168
第三節	非常規關聯交易之行政責任.....	173
第四節	非常規關聯交易之刑事責任.....	176
第五節	非常規關聯交易受害人之救濟途徑.....	177
第八章	結 論.....	181
參考文獻	187
簡 歷	195



第一章 緒論

第一節 研究動機

對於一個家或地區法律制度的評價與研究很大的起因在於「使用」，因兩岸經貿上的往來，台灣已經成為最頻繁使用中國大陸法律的國家之一，這是許多人著手研究大陸法制的動機之一，「使用」促使對於大陸法律問題的研究形成迫切需求。起初，這些動機往往出於商業實務上之需求，但大多僅是對實務上問題的解決，而使得台灣對於大陸法制研究往往僅停留於法律顧問層次之單一問題解決，頻繁而沒有體系，無法讓我們進一步掌握中國大陸具體法制轉變的全貌。但晚近，中國大陸法制研究逐漸吸引國內研究者的關心，個別單一實體法律的研究成為國內學者與研究生們寫作或研究的主題，這些豐富的研究成果使我們更深度地理解大陸個別法律制度的內涵。然而，當這兩者的經驗累積與研究成果達到一定程度時候，中國大陸多面向的法制變化與快速的社會經濟發展，促使我們必須開始思索更全方位的中國大陸法律制度的發展歷程，必須朝向一種不同社會秩序安排方式的關注，一種對於大陸法律制度發展更深層次的關注¹。

民國 87 年（西元 1998 年）是台灣本土性金融風暴、地雷股案件引爆開始的時點。其中涉及企業不法經營之事件尤其以經營者或大股東蓄意掏空公司資產，挪用公司資金的醜聞為多，至最近爆發之國揚實業、博達案、太電（太平洋電線電纜公司）、訊碟、中華銀行、力霸集團等一連串上市公司弊案，多起源自其控制股東、董事長、董事等濫用關係人交易，包括背書保證、資金融通、未揭示價格之股票買賣(包括高估或低估無形資產)等各種方式進行利益輸送。

而中國大陸自 20 世紀 90 年代經濟高度發展及證券市場開放以來，上市公司與其控股公司或董事間非常規交易現象亦越演越烈，不但損害資本市場資源配置的效率，更嚴重損害公司中小股東及債權人利益。中國大陸將此類台灣所稱之「關係人交易」稱為「關聯交易」，自 1997 年 1 月至 2005 年，中國大陸財政部、證監會與國家稅務總局就關聯交易問題發布近 20 項規定。然而，從「衣凱」、「德

¹ 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年 12 月，2 頁。

隆」、「稜光實業」到「ST達曼」，一系列給大陸投資者帶來數億甚至上百億以上損失之事顯示，中國大陸上市公司之關聯交易問題仍未得到有效控制，此些案例表明僅靠政府監管政策仍無法有效抑制以關聯交易為特徵之中國上市公司治理問題。²總體而言，中國大陸上市公司非常規關聯交易之情形相當普遍且嚴重，因此極需予以全面規範。無論台灣之「關係人交易」或大陸之「關聯交易」在現階段海峽兩岸交流投資頻繁，台商在大陸投資所涉及之關係人交易、母子公司往來更不勝其數，此類特殊交易已非單純台灣本土或中國大陸當地之問題，例如2007年力霸集團掏空案及此類企業黑箱作業所造成之潛在風險是兩岸應共同面對處理之經濟法律問題，因此衍生本人對此關聯交易議題之研究興趣。由於本文主要重點在於研究中國大陸之關聯交易，因此未使用「關係人交易」一詞，以下均以「關聯交易」此一名詞討論。

第二節 研究範圍與研究方法

中國大陸對於關聯交易之法律規範如同各國之立法散見於各單行法中，例如公司法、證券法、上市規則、稅法、會計準則等。中國大陸或台灣歷來論文研究也大多從公司法、證券法或稅法等不同研究領域對關聯交易進行界定，並未全面綜合進行考量關聯交易之法規範。因此本文首先界定關聯交易之定義範圍及其優缺點，再就中國大陸關聯企業發展之特殊背景、中國大陸公司濫用關聯交易之型態、實際案例及影響進行介紹，並對中國大陸就關聯交易之預防、審查、調整、否定各環節法律規範及法律責任進行比較法之研究及評價，並提出目前尚未規範並待一步解決之規範以及建議。是以本文將盡可能利用網路上所能尋得之數位實務資料（大陸媒體報導）為羅，以闡釋相關學說理論之期刊論文為綱（以中國大陸、台灣文獻為主）俾在理論演繹的基礎與推演上，都能有所依據。單一化的國有投資主體、權利的高度集中與非流通性是中國大陸上市公司控制權的三大基本特徵，而除了董事以外，現階段發生非常規關聯交易之主體乃是控制股東，因此本論文以較多篇幅探討以控制股東為交易主體之關聯交易法律規範。

² 陳小悅，徐曉東，股權結構、企業績效與投資者利益保護，經濟研究，2001年，第11期，第3頁。

第二章 關聯交易之定義

由於「關聯交易」之法律定義有一清楚之界定，是對關聯交易進行預防、審查、調整、追究法律責任之前提，因此，清楚之關聯交易定義，將是建構關聯交易的法律規範體系之邏輯前提及規範基礎。

第一節 中國大陸關聯交易之定義

第一項 中國大陸關聯交易法律定義上之問題

中國大陸現行公司法、證券法均無「關聯交易」之定義。學者在不同單行法上對關聯交易進行法律界定時，大多均採用1997年1月1日中國大陸財政部發布施行的《企業會計準則--關聯方關係及其交易的披露》之「關聯方交易」規定。依照《企業會計準則--關聯方關係及其交易的披露》，「關聯方交易」是指在關聯方之間發生轉移資源或義務的事項，而不論是否收取價款。該準則雖明確定義「關聯方」並明確列舉「關聯方交易」之型態包括：(1)購買或銷售商品；(2)購買或銷售除商品以外的其他資產；(3)提供或接受勞務；(4)代理；(5)租賃；(6)提供資金（包括以現金或實物形式的貸款或權益性資金）；(7)擔保和抵押；(8)管理方面的合同；(9)研究與開發項目的轉移；(10)許可協議；(11)關鍵管理人員報酬），且於此會計準則中將企業、主要投資者個人、關鍵管理人員或與其關係密切的家庭成員及該關係密切之家庭成員直接控制的其他企業全部納入「關聯方」），但仍面臨二個問題：第一，不同單行法有不同之法益目標及立法宗旨，會計法規側重於交易的記載與揭露而非側重交易之調整。關聯交易作為商事主體間之交易行為之一，其最基本之法律概念並不適合由會計法規來規範，且不同部門之單行法之法益目標亦要求不同之定義。第二、是關聯交易之隱形化：在2001年中國大陸財政部頒佈《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》及2003年證監會和國資委頒佈《關於規範上市公司與關聯方資金往來及上市公司對外擔保若干問題的通知》後，市場上熱衷關聯交易之主體，更透過非關聯的形式來掩飾其關聯關係及關聯交易之實，以規避相關規定。此外，欠缺關聯交易的基本定義導致中

國大陸規範關聯交易的法律制度適用範圍不廣，進而使規範措施不能產生該制度預期達到之效果¹。

除了稅法規定外，當前中國大陸財政部與證監會雖已經發布不少對關聯交易相關規章，但證監會之規定只適用於上市公司，其他未上市公司及其他非公司形式之企業並不適用，而財政部之規章主要是從會計處理角度進行規定，較少從義務及行為之角度規範，因此二者所發布之相關規章均無法充分全面規範關聯交易。而中國大陸2005年新修訂之公司法第217條雖對「關聯關係」訂有明確之定義，但對「關聯交易」之基本定義仍付之闕如。在法律對「關聯交易」明確定義之前，「關聯交易」是起因於經濟概念而非法律概念，目前中國大陸對於關聯交易之行政監管規範是以經濟行為為基礎，而非以民商法律行為和經濟法律行為為基礎制訂，主要強調會計規範等記載揭露，而非主體行為規範。因此，實應在中國大陸公司法中確立關聯交易之基本法律定義，再於各相關單行法規（例如：證券法、會計法、稅法等法規）中以基本定義為基礎。依據不同法益目標訂定出具有互補性及協調性之法律規範。²



第二項 關聯交易之公司法基本界定

承上所述，目前大陸學界對於關聯交易之定義，大多直接引用 1997 年《企業會計準則--關聯方關係及其交易的披露》內「關聯方交易」之規定，但仍有不妥，因此應重新架構關聯交易之基本法律概念，就「關聯」、「關聯企業」、「交易」分別界定：

（一）對「關聯」之界定

「關聯交易」可理解為相關聯的主體間之交易。關聯交易被作為一種特殊交易而需特別規範，主要因為其交易主體間關係之特殊性。該特殊性在於交易主體間相互影響或協調的可能性，而該可能性將導致潛在之不公平及欺詐，進而侵害中小股東及債權人之權益、影響國家稅收及削弱證券交易市場潛在投資人之信心。在西方國家，對關聯交易通常是以具有關聯關係或利害衝突關係之主體間的

¹ 劉道遠，關聯交易本質論反思及其重塑，政法論壇，第 25 卷第 6 期，2007 年 11 月，102~110 頁。

² 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，58~60 頁。

交易行為（如 connected party transaction, related party transaction 或 self-dealing）為討論重點。對於關聯關係主體之分析，有助於進一步界定「關聯」。如將具有關聯關係之主體簡稱為「關聯人」，由於恐將只包括自然人和法人，因此較為不足，有無法涵蓋其他經濟組織之缺點。因此採用「關聯方」(Related party)之用語較為妥當。而對「關聯方」之確定，可採列舉式定義亦可採概括式定義，更可採納列舉式加概括式並列之雙重定義。

例如美國公司法學者將忠實義務-自我交易（Duty of Loyalty-Self Dealing Transaction）放入公司誠信義務(Corporate Fiduciary Duties)專題中討論，從利益相關性出發強調忠實義務及信託義務³。美國學者所談之基本自我交易，即是典型的關聯交易。例如美國哈佛大學法學院教授Robert Charles Clark將自我交易大致分為以下四種情形：(一)公司與其董事或高階職員之間之交易；(二)公司與其董事或高階職員在其中有直接或間接重大財政利益的經營體間之交易；(三)母公司與其部分擁有之子公司間之交易；(四)公司與有共同或連鎖董事或高階職員的另一公司之間之交易，上述即強調利益之衝突。此外，美國1934年《證券交易法》(Securities Exchange Act of 1934)第3條(a)項第21款將關聯人定義為：「The term **"person associated with a member"** or **"associated person of a member"** when used with respect to a member of a national securities exchange or registered securities association means any partner, officer, director, or branch manager of such member (or any person occupying a similar status or performing similar functions), any person directly or indirectly controlling, controlled by, or under common control with such member, or any employee of such member. (發行人之合夥人、高級職員、董事、分公司經理人或其他類似相同職務功能之人、直接或間接控制發行人或由發行人控制的任何人，或者與發行人直接或間接地受共同控制的任何人。)」

香港《公司條例》第157條(H)項及(I)項關於禁止向董事或其他人提供貸款之規範中，任何公司不得直接或間接向該公司或其控股公司的董事作出貸款、不得就任何其他人士借予該董事的貸款訂立擔保或提供任何保證、亦不得向任何一名或多於一名的董事共同或各別、直接或間接持有另一間公司的控制權益之公司做出貸款或提供任何保證。依該條例，在該項提及董事之處，尚包括影子董事、該董事的配偶或任何子女或繼子女、以信託受託人(僱員股份計劃或退休金計

³ Lewis D. Solomon, Alan R. Palmiter, Corporations-Examples & Explanations (third edition)。

劃的受託人除外)身分行事的人，而該項信託的受益人包括該董事、其配偶或其任何子女或繼子女，或該項信託的條款授予受託人一項可為該董事、其配偶或其任何子女或繼子女的利益而行使的權力；及以該董事、其配偶、子女或繼子女的合夥人或第(ii)段提述的受託人的合夥人身分行事的人。在第(8)款中提述任何人的子女或繼子女之處，包括提述該人的任何非婚生子女，但不包括提述任何已年滿 18 歲的人。

從不同國家學者的歸納和相關立法例上體現出的關聯方之間的關係基礎主要是一種利益上相互影響性或行為上協同的可能性，雖在列舉定義尚有些許不同，但均包括自然人與公司等主體，且採儘可能全面列舉之方式進行規範。自然人除了包括董事及有實際影響力之影子董事、合夥人外，亦將可能有直接利害關係者之家屬納入，且將人事連鎖也作為關聯關係產生之依據。

以中國大陸目前關聯交易形式多樣且有隱形化之現象，同時採取列舉式定義加概括式定義規範關聯交易，應較為妥適。但鑑於中國大陸國有和國資控股企業為大陸經濟的主導力量，與一般企業不同之處在於最大股東為國家，雖同為國有或國資控股企業卻可能受不同主管機關之控制，相互間不一定有利害衝突或一致行動，從而不一定會形成關聯關係。過去中國公司法對於關聯關係的規定付之闕如。有關關聯交易的規範主要在稅法與證券法相關法規中⁴，但在公司法中，由於缺乏一個明確有效的認定標準，導致對於關聯企業的認識至今仍處於混亂的狀態。

上市公司的關聯交易之所以成為現中國證券市場和政府關注的重大問題，主要在於中國資本市場迅猛發展的同時法律監督卻相對滯後⁵。即使關聯交易有助於提高效益，但是對於經濟體制轉型的國家而言，尚缺乏辨別公平或不公平的關聯交易的能力。因此，制定一些預防性的規則確有必要，且這種規則應當廣泛運用於禁止大股東與企業之間的資產交易，以防杜以公司資金為股東清償債務。

⁴ 1991 年《外商投資企業與外國企業所得稅法》第 13 條對於涉外稅收中有關轉移定價稅制作了規定，該法的實施細則第 52 條初步對關聯企業作出規定；由於前述的規定不夠明確，中國國家稅務總局在 1992 年 10 月，發布《關於關聯企業間業務往來稅務管理實施細則》更進一步地解釋；在證券法規方面，《股票發行與交易管理暫行條例》（1993 年 4 月）、《上市公司治理準則》（2002 年 1 月）雖有涉及對關聯企業之條文，但未做任何解釋；在會計準則方面，財政部於 1997 年所發布《關聯方關係及其交易的披露》第 4 條和第 5 條，對關聯方的認定和關聯方關係作出較為仔細的規定。

⁵ 對於管制關聯交易，中國財政部曾發布《關聯方之間出售資本等有關會計處理問題暫行規定》、證監會發布《股票發行審核標準備忘錄》第 14 號等，上市公司通過非關公允性關聯交易操縱力的現象得到明顯抑制。但從實務的角度看，這些法規還不足以杜絕非公允關聯交易的發生，對於新的規則，上市公司也出現一些新的變化，使得關聯交易所衍生的問題更加嚴重。

因此，在中國大陸 2006 年 1 月 1 日正式施行修訂之《中華人民共和國公司法》(下稱新《公司法》)第十三章附則第 217 條第四款即明確規範「關聯關係」，係指公司控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員、與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致公司利益移轉的其他關係。但國家控股的企業之間不僅因為同受國家控股而具有關聯關係。該條亦明定「高級管理人員」、「控股股東」及「實際控制人」之範圍：「高級管理人員」指公司的經理、副經理、財務負責人，上市公司董事會秘書和公司章程規定的其他人員)；「控股股東」指其出資額占有限責任公司資本總額百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本總額百分之五十以上的股東；出資額或持有股份的比例雖然不足百分之五十，但依其出資額或者持有的股份所享有的表決權已足以對股東會、股東大會的決議產生重大影響的股東)；「實際控制人」指雖不是公司的股東，但透過投資關係、協議或者其他安排，能夠實際支配公司行為的人。惟本次新公司法使用「控股股東」實有不妥，宜使用「控制股東」較能涵蓋各種控制方式。因此本篇論文以「控制股東」用語為準。

中國公司法已涉入關聯交易之規範，以遏止控制股東和公司主要負責人利用關聯交易以掏空公司，但其核心問題是這些規則必須是簡單的，違反規則的行為必須是容易判斷的，以使相關問題能迅速獲得判斷依據，有利於市場的運作。至於是否應當建立配套的民事訴訟機制(如團體訴訟和衍生訴訟)則是另一個值得討論的議題。但是，毫無疑問，中國政府在這方面的執法必須予以加強且及時，以更多強制性的規範作為因應，而這樣一種體制在中國能否發生作用，中國的經驗上無法回答，因為她才開始嘗試去回答⁶。

(二) 對「關聯企業」之界定

在各種關聯關係主體中，其中一種非常普遍之主體為「關聯企業」，概念同於台灣公司法關係企業專章中所稱之「關係企業」。從 19 世紀工業化起，小資本開始依附於大資本，原在經濟生活中居主導地位的小型個別企業開始讓予資力雄厚的股份有限公司。而到了現代，股份有限公司在歷經上百年的輝煌時期後，也不再獨佔光環，取而代之的是一個個巨大的企業體，股份有限公司只不過是其

⁶ 王文杰，2005 年中國大陸公司法修正評析，月旦法學雜誌，128 期，2006 年 1 月，166 頁。

中的組成部分。隨著企業的外部增長、企業經營職能的專門化與分散化、為了規避反壟斷法（即台灣公平交易法之部分內容）的限制並實現企業的集中，企業間即表現出眾多複雜、以股權和契約為基礎的統一管理和整體控制的關聯關係，所有這些關聯企業形成一個整體，並表現出協調一致的行動，這種特別的結合狀態就是所謂的企業集團。

關聯企業基礎上的企業集團化構成了現代公司發展的重要趨勢，相應地，各國公司法也在此基礎上作出了重大調整。德國是最早對關聯企業進行專門立法之國家，歐洲共同體執行委員會曾於1985年提出標題為 Relationships Between Parent Companies And Their Subsidiaries 之第九號指令草案，希望藉該指令調和各會員國之關係企業法令。台灣之公司法亦設有關係企業專章，而在美國，各州雖然並無關於關聯企業之成文法規定，但在司法實務上，相關的法律原則，如「揭開面紗原則」、「深石原則（Deep-Rock Doctrine）」早已在判例內確立並得到廣泛遵循，英國、法國、瑞士等國也在公司法等相關法令對關聯企業進行規範。

德國傳統公司法是以擁有獨立法人格之公司作為規範基礎，各公司在經濟上及法律上均是獨立主體，且公司的企業所有與企業經營分離。此時公司的經營者是為公司的最大利益而決策，而公司的少數股東與其他股東之權利能達到平衡，債權人也能得到充分保護。但隨經濟發展之複雜化，各企業為提高競爭及經濟效益，遂整合參與生產、銷售流程之各個經濟體，擴大本身規模，或者為提高經濟效率，將原有的單一經濟體分解為各法律上獨立但經濟上彼此相關之經濟體。此時，上述平衡即遭到破壞。

擁有控制權之股東藉著多數股份操縱股東會之表決結果，選舉自己派系的董事，藉以控制從屬公司。雖公司盈餘分派屬於股東大會之權能，但若董事會的獨立經營權被控制股東所影響，則公司之盈餘極可能於登載入帳之前，即被董事會以各種方式移轉予大股東或與其關係密切之第三人，其他少數股東權益即受到損害。此外，從屬公司的經營成為控制公司之工具，雖法律上為獨立主體，但經濟上已非獨立人格，並以追求整體企業利益為考量，忽略該公司本身之經濟利益。因此德國立法者一方面調整法律與現實上之衝突，將控制公司對從屬公司之控制權合法正當化，明文規範控制公司對於從屬公司控制權之行使範圍，並區分不同原因形成的關係企業，給予從屬公司、少數股東及債權人適當之保護措施。⁷ 德

⁷ 王泰銓，比較關係企業法之研究，翰蘆圖書出版有限公司，2004年8月，39~63頁。

國法上之關係企業可分為「事實上之關係企業」、「企業契約上之關係企業」與「準合併」。在德國 1965 年公布並於 1993 年 7 月修改之《股份公司法》第一編第一部份總則之第 15 條規定：「關聯企業是指法律上獨立之企業，這些企業在相互關係上屬於多數參與之企業與被多數參與之企業（in Mehrheitsbesitz stehende und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen, 第 16 條）、從屬企業與控制企業

（abhängige und herrschende Unternehmen, 第 17 條）、關係企業與其分子企業（第 18 條）、相互參與企業（第 19 條）及因企業契約而形成之關係企業（第 291、292 條）。所謂「多數參與之企業與被多數參與之企業」，依第 16 條規定，係指法律上獨立之企業持有他企業超過 50% 之股權或表決權者，為多數參與企業，他企業為被多數參與之企業。此股權或表決權之計算包括其從屬企業及他人為該企業及從屬企業之計算而持有之部分。所謂「從屬企業與控制企業」，依第 17 條規定，指法律上獨立之企業，受他企業直接或間接支配者為從屬企業，反之，對他企業有直接或間接支配影響力者為控制企業。所謂「支配影響力」，只要藉此貫徹控制企業之意旨者，無論是法律上之影響力或是事實上之影響力，均在認定範圍內。而被多數參與之企業依法推定為從屬於該多數參與之企業。所謂「關係企業與其分子企業」，依第 18 條規定，指控制企業與一個或數個從屬企業，在控制企業之統一領導管理下聯合者，形成關係企業，各企業同為關係企業之分子企業。企業間訂有控制契約或企業準合併於他企業者，視為在統一領導下聯合。同條第二項規定，法律上個別獨立之企業間，雖無支配從屬關係，但如在統一領導管理下聯合者，仍構成關係企業。法律並未針對「統一領導管理」下一明確定義，學說上認為只要多數企業得透過統一的營業計畫彼此協調，即應屬統一領導管理，例如透過人事交錯（personelle Verflechtung）協調營運步調即是統一領導管理方式之一。所謂「相互參與企業」，依第 19 條規定，指在國內有營業所而互相擁有對方企業股份四分之一以上之資合公司或礦業法上之工會。相互參與之企業間，如果一企業持有他企業股份超過半數或能直接或間接支配影響他企業者，為控制企業，他企業為從屬企業。相互參與企業之間，相互持有超過他方超過半數之股份或能直接或間接支配影響他方者，二企業互為控制與從屬企業。「事實上之關係企業」與「契約上之關係企業」之不同，在於結合之基礎不同，前者為股權或表決權之參與，而後者在於企業契約之訂定。依照德國之法令，所謂「因企業契約而形成之關係企業」係指股份有限公司或股份兩合公司間訂立之下列契約：

（一）控制契約（der Beherrschungsvertrag）：將其公司之經營權受他企業之指揮之契約；（二）輸納盈餘契約（Gewinnabfuhrungsvertrag）：將其盈餘全部移轉予

他企業者，為輸納盈餘契約，互相約定為他企業之計算而經營者，視為訂有輸納盈餘契約。(三) 盈餘共同體契約(Gewinngemeinschaft)：以自己盈餘或其個別營業之盈餘的全部或部分，與其他企業或其個別營業之盈餘合併，以供共同盈餘分配之契約。(四) 部分輸納盈餘契約(Teilge winnabfuhrungsvertrag)：將其盈餘的部分或其個別營業之盈餘全部或部分移轉給他企業之契約。(五) 營業租賃契約(Betriebspachtvertrag)：將營業租賃予他企業經營之契約。(六) 營業委託經營契約(Betriebueberlassungsvertrag)：委託他企業經營之契約。⁸

依照英國 1989 年公司法第 258 條及附件 10A，當企業符合以下五個要件之一時，該企業與另一企業成立關聯企業：(一) 擁有另一企業之大多數投票權。(二) 為另一企業之股東並擁有選任或解任大多數董事之權力。(三) 依照另一企業章程或控制契約規定，該企業擁有對於另一企業之獨占影響力。(四) 為另一企業之股東，並且依據與其他股東間之契約，具有單獨控制該企業之權力，且掌握該企業大多數投票權。(五) 對另一企業擁有參與利益 (participating interest)，並可藉其所擁有之股份對該企業實施控制權或發揮影響力以增加自身利益，實際上對企業實施獨占影響力，或者當二企業在統一之經營管理下時。且 1989 年修正之公司法並不要求從屬企業必須為法人，縱使從屬企業並非以公司型態存在，其與母公司之間仍然成立關係企業。

依照台灣公司法關係企業專章之規定，公司法所稱之「關係企業」係指獨立存在而相互間具有控制與從屬關係之公司或相互投資之公司。而所謂「具有控制與從屬關係」之類型包括三種：(一) 控制與從屬關係，包括持有控制及實質控制；(二) 推定為有控制與從屬關係；及(三) 互為控制與從屬關係。「持有控制」是指「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司」(第 369 條之二第一項)；「實質控制」是指「公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者為控制公司，該他公司為從屬公司」(第 369 條之二第二項)；而所謂「推定為有控制與從屬關係」是指 (一) 公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者或(二) 公司與他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同股東持有或出資者(第 369 條之三)。此所謂「有半數以上相同者」應以較高席次之半數為計算基準。又倘若董事係以法人代表人身分當選者，係以代表人之個人身分為

⁸ 洪貴參，關係企業法理論與實務，元照出版公司，1999 年 3 月，115~125 頁。

認定標準⁹。「互為控制與從屬公司」指相互投資公司各持有對方已發行有表決權之股份或資本總數超過半數者，或互可直接或間接控制對方之人事、財務或業務經營者(第 369 條之九)。而所謂「相互投資公司」指「公司與他公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者」(第 369 條之九)。

從各國立法例，明顯可見關聯公司或關聯企業並非公司法上之一種公司組織型態，而是體現在公司或企業之間的一種相互關係。與一般關聯方之間的關係略有不同的是，關聯企業強調的是企業之間的關係，而非董事、高階經理人等個人與公司之關係，且特別強調相互關係中的控制與從屬性或統一管理性（共同受控制性）。關聯企業的形成關鍵是一方對其他企業之控制，而關聯企業形成控制關係之途徑主要有以下幾種：(一) 一公司的資本額或股份某一比例被另一公司持有。此種持有可透過轉投資（以企業之資金，對他企業為現實之出資行為¹⁰，包括收購及投資，收購分為透過協議收購或及透過證券市場收購兩大類¹¹）、公司分割之方式實現。(二) 一公司透過契約而受另一公司之控制。此種契約往往明訂一公司在經營、決策或盈餘利潤分配上受另一公司之控制。依照契約內容，通常有控制契約、利潤移轉契約、管理權移轉契約、利潤分享契約、委託經營契約、租賃契約等¹²。德國《股份公司法》、法國《公司法》、義大利民法典均有相關類似規定。(三) 由表決權構成控制關係。所謂控制股東不一定需持有絕對多數之股權，其可透過收購委託書（proxy）、表決權協議(voting agreements)、表決權信託(voting trustee)等方式行使其控制權。(四) 因行政劃歸和國有資產授權經營形成控制關係。這是擁有國有企業的國家所特有之現象，更是中國大陸特殊現象。為了增加經濟規模效應及在短期內建立公司集團，中國大陸以政府主管機關之指示，將一些國有企業劃歸核心企業管理，從而形成關聯企業。此種明顯行政色彩之形成方式，常有違當事方之意願，也不利於市場體制之完善，目前逐步由國有資產授權經營或其他組成企業集團之方式所取代。簡言之，各國對關聯企業形成之認定標準共同之處在於肯定一公司控制他公司之多數股權、表決權或經營決策權或各公司同受一公司控制、相互協同或公司間簽訂特殊契約均可形成關聯企業。德國及台灣均透過專編或專章對關聯企業進行規範，而非如同其他國家散見於各相關法令內，值得中國大陸將來修訂公司法之參考。

⁹ 經濟部 88.9.8 商 88219627 號函。

¹⁰ 王泰詮，公司法爭議問題，五南圖書出版股份有限公司，1997 年版，24 頁。

¹¹ 甘培忠，企業與公司法學，北京大學出版社 1998 年版，396 頁。

¹² 施天濤，關聯企業法律問題研究，法律出版社 1998 年版，87~88 頁。

(三) 對「交易」之界定

交易，強調的是行為，尤其是指能引起一定法律效果之行為，包括買賣、租賃、借貸、保證等行為，比「訂立契約」更為廣泛，且可發生在組織營運中的任何階段及任一方面。交易行為之後果及核心在於「權益(即權利及利益)之移轉」。在不公平之關聯交易中，部分權益被以不符合市場常規之方式移轉到另一關聯方，而該交易不一定要有對價。依中國大陸財政部 1997 年《會計準則》第 8 條規定：「關聯方交易是指在關聯方之間發生移轉資源或義務的事項，而不論是否收取價款」。《深圳證券交易所股票上市規則》及《上海證券交易所股票上市規則》(2006 年修訂)第十章關聯交易亦規定「上市公司的關聯交易，是指上市公司或者其控股子公司與上市公司關聯人之間發生的轉移資源或者義務的事項。有學者即主張「資源只是利益的一種，而義務則是權利的對應，因此採用『權益的移轉』比『移轉資源或義務』，更具合理性」。中國大陸新《公司法》第 217 條第四款所規範之「關聯關係」，指「公司控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員、與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致公司利益移轉的其他關係。」此定義規定凸顯了「利益移轉」是關聯交易之本質。雖中國大陸新《公司法》已比舊法進步許多，但仍未對關聯交易規範基本定義，且就其關聯關係之定義內，導致公司利益移轉之關係並不一定必然是關聯關係，亦可能是起因於市場活動而引起利益轉移，而新公司法對關聯關係之列舉於表達邏輯上不清楚且列舉不全面(例如實際控制人與控股股東、董事、監察人與高級管理人員之間亦應屬關聯關係之一環)，因此該關聯關係之定義仍有日後修法可改善之處¹³。

綜上所述，中國大陸公司法應對關聯交易為如下基本定義：「關聯交易」是指存在會構成相互影響或協同關係的關聯方之間引起權益轉移的法律效果之行為。公司的關聯方包括：公司的控股股東、其他實際控制方，公司董事、監察人、高階經理人或前揭主體在其中具有權益的經濟主體、透過股權或契約形成的子公司、被公司實際控制的經濟主體、與公司存有人事連鎖關係之經濟主體、與公司同受一經濟主體控制之其他經濟主體。國有獨資或國資控股企業之間不僅僅因同為國有或國資而成為關聯方。且中國大陸將來亦應可參考台灣公司法修法訂定

¹³ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社 2006 年 12 月，69~80 頁。

關聯企業專章進行特別規定，而關聯交易所衍生之問題則仍按目前新《公司法》於總則與分則中予以規定。

第三項 中國大陸其他單行法之特殊定義

中國大陸規範關聯交易之其他單行法，尚包括證券交易所對上市公司之相關規範、會計法、稅法、反不正當競爭法（似台灣之公平交易法）、招標投標法、銀行法等。不正當競爭法、招標投標法及銀行法則因受限於篇幅而不在本文討論之列，本文偏向證券交易法、會計法、稅法方面、上市公司相關關聯交易規範之研究。

第一款 證券法規範（特別針對上市公司）之界定

承前所述，關聯交易可存在於任何形式的交易行為及任何組織型態之經濟體。但由於上市公司影響廣大投資人及證券交易市場，其影響層面較一般公司大，因此對上市公司之規範要求即比一般未上市公司較高且更嚴格。

1. 香港規範

(1) 關連人士

在2007年修訂之《香港聯合交易所有限公司證券上市規則》（下稱《上市規則》或《主板上市規則》）及《香港聯合交易所有限公司創業板證券上市規則》（下稱《創業板上市規則》”）雖均於第一章第1.01條定義個人及公司之「**關連人士**(connected person)」(香港上市規則使用「**關連**」，而非中國大陸之「**關聯**」，故此處並非字誤，因此爰引原文時即用「**關連**」)。但《主板上市規則》及《創業板上市規則》均另附註表示就關連交易而言，「**關連人士**(connected person)」之本定義須按《上市規則》第14A.11 及14A.12條及《創業板上市規則》第20.11 及20.12 條規定作出修訂。

依《香港聯交所主板上市規則》第十四章關聯交易專章第14A.11條規定：「在

本章內，「關連人士」的定義包括：

- (1) 上市發行人的董事、最高行政人員或主要股東；
- (2) 交易日期之前12個月內曾任上市發行人董事的任何人士；
- (3) 中國發行人的發起人或監事；
- (4) 《上市規則》第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士的任何聯繫人。有關非中國發行人及中國發行人的「聯繫人」之定義，分別載於《上市規則》第1.01及19A.04條。在本章內，第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士的「聯繫人」，還包括下列人士：
 - (a) 任何已就（或擬就）有關交易與第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士達成任何協議、安排、諒解或承諾（不論正式或非正式，亦不論明示或默示）的人士或實體，而就該項交易，本交易所認為這些人士或實體應被視為關連人士者；
 - (b) 與第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士同居儼如配偶的任何人士，以及第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士的子女、繼子女、父母、繼父母、兄弟、姊妹、繼兄弟及繼姊妹；及
 - (c) 第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士的以下親屬：配偶的父母、子女的配偶；祖父母、外祖父母；孫及外孫；父母的兄弟姊妹及其配偶；堂兄弟姊妹、表兄弟姊妹；兄弟姊妹的配偶、配偶的兄弟姊妹；以及兄弟姊妹的子女，而這些人士與第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士之間的聯繫，令本交易所認為建議中的交易應受本章的規定所規限。上市發行人如擬與這些人士進行任何交易（除依照《上市規則》第14A.31或14A.33條獲豁免的交易外），一概須通知本交易所。上市發行人亦須向本交易所提供資料，以證明這些人士應否被視作第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士的聯繫人¹⁴；
- (5) 屬下列情況的上市發行人之任何非全資附屬公司：上市發行人的任何關連人

¹⁴ 依《上市規則》第14A.11(4)(c)註：1. 若一家公司為第14A.11(1)、(2)或(3)條所述的人士之「聯繫人」純粹因為該等人士透過其持有上市發行人股權而擁有該公司的間接權益，該公司並不屬關連人士。2. 一家非全資擁有的附屬公司的大股東若純粹因為擔任該公司的董事及／或大股東而成為關連人士，該非全資擁有的附屬公司將不被視作該大股東的「聯繫人」。

士（按第14A.11(1)至(4)條所界定，但附屬公司層面者除外）在該非全資附屬公司的任何股東大會上，有權（個別或共同）行使或控制行使10%或10%以上的表決權¹⁵；

(6) 第14A.11(5)條所指的非全資附屬公司之任何附屬公司。

上述關聯人士之定義乃依照中國大家庭傳統及綿密的親屬文化所設計，此為與英美國家相關規定大不同之處。

(2) 關聯交易

《主板上市規則》及《創業板上市規則》對於關聯交易之定義規定相同且相當詳細，分別於主板上市規則第14A.13條及創業板上市規則地20.13條明訂，關聯交易是指：（1）上市發行人與關連人士之間的任何交易；包括或收購或出售公司權益¹⁶、（2）由上市發行人向關連人士或關連人士向上市發行人所提供的財

¹⁵ 依《上市規則》第14A.11(5)同條註：1. 據此，非全資附屬公司在下列情況下不屬關連人士：(a) 在有關非全資附屬公司的任何股東大會上，上市發行人概無任何關連人士（按第14A.11(1)至(4)條所界定，但附屬公司層面者除外）有權（個別或共同）行使或控制行使10%或10%以上的表決權；及(b) 有關非全資附屬公司並非第14A.11(1)、(2)或(3)條所述人士的聯繫人。2. 計算本規則所述的10%時，不包括上市發行人的關連人士（附屬公司層面者除外）透過上市發行人所持有的附屬公司權益。

¹⁶ 「收購或出售公司權益」包括下列情形：

- (i) 上市發行人與一名非關連人士之間的任何交易，而有關交易涉及上市發行人收購或出售一家公司之權益，並且，該公司的主要股東當時是（或擬成爲）控權人，又或當時是（或將因該項交易而成爲）控權人的聯繫人。及
- (ii) 上市發行人與一名非關連人士之間的任何交易，而有關交易涉及上市發行人收購一家公司之權益（或可購得該等權益之選擇權），並且，控權人（或其聯繫人）是該公司的股東或將會成爲該公司的股東，而擬收購的權益：
 - (A) 屬固定收益性質；
 - (B) 是股份，而收購的條款較給予控權人或其聯繫人的條款爲差；或
 - (C) 是股份，而這些股份有別於控權人或其聯繫人本身所持有（或將獲授予）股份的類別。
- (iii) 上市發行人與一名非關連人士之間的任何交易，而有關交易涉及控權人（或其聯繫人）以特別優惠的條款認購一家公司的股份，而上市發行人亦爲該家公司的股東；或
- (iv) 上市發行人與一名非關連人士之間的任何交易，而有關交易涉及控權人（或其聯繫人）認購一家公司的股份，而上市發行人亦爲該家公司的股東，但控權人（或其聯繫人）所認購股份的類別有別於上市發行人所持有的股份。

務資助¹⁷、(3) 上市發行人向關連人士或屬《上市規則》第14A.13(2)(a)(ii)條所述的公司，及／或為關連人士或屬《上市規則》第14A.13(2)(a)(ii)條所述公司的利益而作出賠償保證、或擔保、或提供財務資助；(4) 上市發行人就其從關連人士或屬《上市規則》第14A.13(2)(b)(ii)條所述的公司取得的任何財務資助，抵押其資產；(5) 沽出、接受、轉讓、行使或不行使涉及上市發行人及關連人士的選擇權；及(6) 上市發行人與關連人士就成立任何形式的合營實體（如以合夥、公司或任何其他合營的形式成立）而達成任何安排或協議。」公司或任何子公司收購或變賣一公司股權，而一關連人士或未來的關連人士是該被收購或變賣股權公司的大股東，此「未來關連人士」之規定防堵了法令的潛在漏洞，是頗值得肯定之規定。此外，《香港聯交所主板上市規則》第14A.16條亦將關連交易分以下數類：(1) 獲豁免遵守有關申報、公告及獨立股東批准規定的關連交易；

(2) 獲豁免遵守有關獨立股東批准規定的關連交易；(3) 獲豁免遵守有關申報、公告及獨立股東批准規定的持續關連交易；(4) 獲豁免遵守有關獨立股東批准規定的持續關連交易；(5) 不屬前述(1)至(4)條所載任何類別的關連交易（包括持續關連交易）¹⁸，以兼顧上市公司之營業效率與投資大眾公平原則，此值得台灣借鏡。

2. 中國大陸規範

(1) 關聯人

¹⁷ 「財務資助」指下列二種情形：

(a) 由上市發行人向下列人士所提供的財務資助：

(i) 關連人士；或

(ii) 上市發行人及關連人士均持有股份的一家公司，而在該公司任何股東大會上，上市發行人的任何關連人士（按《上市規則》第14A.11(1)至(4)條所界定，但附屬公司層面者除外）有權（個別或共同）行使或控制行使10%或10%以上的表決權；或

(b) 由下列人士向上市發行人所提供的財務資助：

(i) 關連人士；或

(ii) 上市發行人及關連人士均為股東的一家公司，而在該公司任何股東大會上，上市發行人的任何關連人士（按《上市規則》第14A.11(1)至(4)條所界定，但附屬公司層面者除外）有權（個別或共同）行使或控制行使10%或10%以上的表決權；

¹⁸ 香港交易所網站http://www.hkex.com.hk/index_c.htm（網站最後參訪日期 2008 年 5 月 1 日）。

中國證券監管管理委員會（下稱「中國證監會」）批准自 2006 年 5 月 19 日起施行的《上海證券交易所股票上市規則》及《深圳證券交易所股票上市規則》（下稱《滬深交易所上市規則》）均於第十章關聯交易第 10.1.2 條規定，上市公司的關聯人包括關聯法人和關聯自然人。進一步於第 10.1.3 條明訂上市公司的「關聯法人」包括：「（一）直接或者間接控制上市公司的法人；（二）由上述第（一）項法人直接或者間接控制的除上市公司及其控股子公司以外的法人；（三）由第 10.1.5 條所列上市公司的關聯自然人直接或者間接控制的，或者由關聯自然人擔任董事、高級管理人員的除上市公司及其控股子公司以外的法人；（四）持有上市公司 5% 以上股份的法人；（五）中國證監會、本所或者上市公司依照實質重於形式的原則認定的其他與上市公司有特殊關係，可能導致上市公司利益對其傾斜的法人。但上市公司與前條第（二）項所列法人受同一國有資產管理機構控制的，不因此而形成關聯關係，但該法人的董事長、總經理或者半數以上的董事兼任上市公司董事、監事或者高級管理人員的除外」，於第 10.1.5 條明訂上市公司的「關聯自然人」，包括：「（一）直接或間接持有上市公司 5% 以上股份的自然人；（二）上市公司董事、監事和高級管理人員；（三）第 10.1.3 條第（一）項所列法人的董事、監事和高級管理人員；（四）本條第（一）項和第（二）項所述人士的關係密切的家庭成員，包括配偶、年滿 18 周歲的子女及其配偶、父母及配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹、子女配偶的父母；（五）中國證監會、本所或者上市公司依照實質重於形式的原則認定的其他與上市公司有特殊關係，可能導致上市公司利益對其傾斜的自然人」。其第 10.1.6 條另規定具有以下情形之一的法人或者自然人，視同為上市公司的關聯人：「（一）依照與上市公司或者其關聯人簽署的協議或者作出的安排，在協議或者安排生效後，或在未來十二個月內，將具有第 10.1.3 條或者第 10.1.5 條規定的情形之一；（二）過去十二個月內，曾經具有第 10.1.3 條或者第 10.1.5 條規定的情形之一」。

此外，中國證監會為了規範發行人、上市公司及其他資訊披露義務人的資訊披露行為，保護投資者合法權益，依照《公司法》、《證券法》等法律、行政法規，於 2007 年 1 月 30 日公布之《上市公司資訊披露管理辦法》亦規定關聯人包括關聯法人和關聯自然人：「具有以下情形之一的法人，為上市公司的關聯法人：1. 直接或者間接地控制上市公司的法人；2. 由前項所述法人直接或者間接控制的除上市公司及其控股子公司以外的法人；3. 關聯自然人直接或者間接控制的、或者擔任董事、高級管理人員的，除上市公司及其控股子公司以外的法人；4.

持有上市公司 5%以上股份的法人或者一致行動人；5· 在過去 12 個月內或者依照相關協定安排在未來 12 月內，存在上述情形之一的；6· 中國證監會、證券交易所或者上市公司依照實質重於形式的原則認定的其他與上市公司有特殊關係，可能或者已經造成上市公司對其利益傾斜的法人。具有以下情形之一的自然人，為上市公司的關聯自然人：1· 直接或者間接持有上市公司 5%以上股份的自然人；2· 上市公司董事、監事及高級管理人員；3· 直接或者間接地控制上市公司的法人的董事、監事及高級管理人員；4· 上述第 1、2 項所述人士的關係密切的家庭成員，包括配偶、父母、年滿 18 周歲的子女及其配偶、兄弟姐妹及其配偶，配偶的父母、兄弟姐妹，子女配偶的父母；5· 在過去 12 個月內或者依照相關協定安排在未來 12 個月內，存在上述情形之一的；6· 中國證監會、證券交易所或者上市公司依照實質重於形式的原則認定的其他與上市公司有特殊關係，可能或者已經造成上市公司對其利益傾斜的自然人。」

(2) 關聯交易

《滬深交易所上市規則》第 10.1.1 條，規定「上市公司的關聯交易」，是指上市公司或者其控股子公司與上市公司關聯人之間發生的轉移資源或者義務的事項，包括以下交易：（一）第 9.1 條規定的交易事項；（二）購買原材料、燃料、動力；（三）銷售產品、商品；（四）提供或者接受勞務；（五）委託或者受託銷售；（六）與關聯人共同投資；（七）其他通過約定可能引致資源或者義務轉移的事項。此規定亦是借用《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》之規定，但就列舉之交易較上述會計準則少了一項，顯見列舉關聯交易之交易型態並無法一網打盡。此外，上述之《上市公司資訊披露管理辦法》第七十一條第三款亦規定：「上市公司的關聯交易，是指上市公司或者其控股子公司與上市公司關聯人之間發生的轉移資源或者義務的事項。」

(3) 上述定義之缺點

上述《滬深交易所上市規則》及《上市公司資訊披露管理辦法》均僅規範關聯法人及關聯自然人，未考量中國大陸之經濟現狀，造成上市公司與非法人團體

(例如合夥、非法人型聯營) 交易並未受到《滬深交易所上市規則》規範而形成法律上之漏洞。此外，在中國大陸上市公司股權非如英美國家分散之現實情況下，直接或間接持有上市公司 5% 以上股份的自然人即屬關聯自然人，此持股 5% 與其他國家相比稍微偏低，應參照《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》規定，法人持股以 20% 以上為準，自然人持股以 10% 以上為準，其他經濟主體則參照法人持股 20% 之比例進行規範，否則極可能動則得咎而影響企業營運之效率。此外，前述《滬深交易所上市規則》對關聯自然人之親屬關係僅規範「配偶、年滿 18 周歲的子女及其配偶、父母及配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹、子女配偶的父母」，並未涵蓋未滿 18 歲之子女及其配偶、前任配偶、養子女或無親屬關係之同居人等關係密切且實際上均可能造成非常規交易之交易主體。再者，《上市公司資訊披露管理辦法》之定義與《滬深交易所上市規則》定義並非一致，亦將造成子法定義遠大過母法定義而上市公司應遵循何者之疑問。¹⁹

第二款 會計法規範的界定

1. 國際會計準則

由於會計法規主要著重會計紀錄及揭露之真實性、準確性及完整性，因此相較於公司法，會計法規對於關聯交易之規範更著重於排除及減少關聯關係對會計訊息之影響。依照始自 1986 年 1 月 1 日生效之《國際會計準則第 24 號 (International Accounting Standard 24) -- **RELATED PARTY DISCLOSURES** 關聯方揭示》(簡稱「IAS 24」)，要求披露報表企業與其關聯者之間的關係及其交易的詳情²⁰。IAS

¹⁹ 何儉亮，論上市公司的關聯交易及其監管，證券市場導報，2002 年，第一卷。35~60 頁。

²⁰ 摘錄自 <http://www.iasplus.com/standard/ias24.htm> (網站最後參訪日期 2008 年 5 月 1 日)。

Who Are Related Parties?

Parties are considered to be related if one party has the ability to control the other party or to exercise significant influence or joint control over the other party in making financial and operating decisions.

A party is related to an entity if: [IAS 24.9]

24 所指之「關聯者」是指在制訂財務或經營決策中，如果一方有能力控制另一方，或對另一方施加重大影響，則認為它們是有關聯的，包括控股公司、附屬公司和其他直接地或間接地控制報告企業的公司、聯營企業、有表決權的股份持有人、關鍵的管理人員、有重大影響力的個人及其關係密切之家庭成員。而「關聯者之間的交易」是指，與關聯者之間的相互移轉資源或義務，不論是否收取價金。例

-
- (a) directly, or indirectly through one or more intermediaries, the party:
 - (i) controls, is controlled by, or is under common control with, the entity (this includes parents, subsidiaries and fellow subsidiaries);
 - (ii) has an interest in the entity that gives it significant influence over the entity; or
 - (iii) has joint control over the entity;
 - (b) the party is an associate (as defined in IAS 28 Investments in Associates) of the entity;
 - (c) the party is a joint venture in which the entity is a venturer (see IAS 31 Interests in Joint Ventures);
 - (d) the party is a member of the key management personnel of the entity or its parent;
 - (e) the party is a close member of the family of any individual referred to in (a) or (d);
 - (f) the party is an entity that is controlled, jointly controlled or significantly influenced by or for which significant voting power in such entity resides with, directly or indirectly, any individual referred to in (d) or (e); or
 - (g) the party is a post-employment benefit plan for the benefit of employees of the entity, or of any entity that is a related party of the entity.

Prior to the 2003 revision of IAS 24, state-controlled entities were exempted from the related party disclosures. That exemption has been removed in the 2003 revision. Therefore, profit-oriented state-controlled entities that use IFRS are no longer exempted from disclosing transactions with other state-controlled entities.

The following are deemed not to be related: [IAS 24.11]

- two enterprises simply because they have a director or key manager in common;
- two venturers who share joint control over a joint venture;
- providers of finance, trade unions, public utilities, government departments and agencies in the course of their normal dealings with an enterprise; and
- a single customer, supplier, franchiser, distributor, or general agent with whom an enterprise transacts a significant volume of business merely by virtue of the resulting economic dependence.

What Are Related Party Transactions?

A related party transaction is a transfer of resources, services, or obligations between related parties, regardless of whether a price is charged. [IAS 24.9]

如貨物（成品或半成品）的採購和銷售、不動產或資產的買賣、勞務、代理、租賃、研究和開發的轉讓、許可證、理財分配、擔保和抵押及管理合同等。從揭露之必要性角度考量，只要達到了「控制」和「重大影響」二因素，即可能影響會計記載的客觀真實性，及依據會計記載進行預測的準確性，因此需要在會計報表上體現出來。但為免範圍無限擴大，IAS 24 亦規定下列主體「不視為關聯者」：包括兩間公司不具影響力的共同董事、投資者、工會、公用事業、政府部門和政府機構、日常往來業務的單個買主、供應商、專銷商、批發商及代理商等。雖國際會計準則和美國會計準則是兩個體系，在具體細則上有多數不同之處，但均規範關聯交易。《美國財務會計準則》中將關聯方定義為：「某一企業所涉及的各方，如果一方能顯著地影響交易各方的管理或經營策略或者他擁有交易一方的所有權利益並能夠顯著地影響另一方，可阻礙交易的一方或多方完全追求自己單獨的利益。」。²¹

2. 中國大陸會計準則

中國大陸1997年5月22日財政部印發的《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》已使用「關聯方」此一用語，並於第四、五、七條規定「關聯方關係」：「4. 在企業財務和經營決策中，如果一方有能力直接或間接控制、共同控制另一方或對另一方施加重大影響，本準則將其視為關聯方；如果兩方或多方同受一方控制，本準則也將其視為關聯方。」「5.本準則涉及的關聯方關係主要指：(1)直接或間接地控制其他企業或受其他企業控制，以及同受某一企業控制的兩個或多個企業(例如：母公司、子公司、受同一母公司控制的子公司之間)；(2)合營企業；(3)聯營企業；(4)主要投資者個人、關鍵管理人員或與其關係密切的家庭成員；(5)受主要投資者個人、關鍵管理人員或與其關係密切的家庭成員直接控制的其他企業。」、「7.國家控制的企業間不應僅僅因為彼此同受國家控制而成為關聯方，但企業間存有第5(1)至(3)的關係，或依照第5(5)受同一關鍵管理人員或與其關係密切的家庭成員直接控制時，彼此應視為關聯方。」同時於第六條參照國際會計準則之規定列出不視為關聯方之二種情形：1.與企業僅發生日常往來而不存在其

²¹ 王毅敏，中美關聯方披露會計準則之比較，商場現代化財會探析，

<http://www.chinaacc.com/new/287/288/304/2008/5/sh211891356132580024161-0.htm>（網站最後參訪日期2008年5月1日）。

他關聯方關係的資金提供者、公用事業部門、政府部門和機構，雖然它們可能參與企業的財務和經營決策，或在某種程度上限制企業的行動自由。及2.僅僅由於與企業發生大量交易而存在經濟依存性的單個購買者、供應商或代理商。另於2004年印發「《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》指南」，以具體舉例說明關聯交易揭露之方式，沿用關聯方交易用語。於2006年出爐的《企業會計準則第36號-關聯方披露》亦仍採用「關聯方交易」，而未參照中國大陸2005年新修正之新公司法之用語採用「關聯交易」，以統一各法令間之用語，此為可惜之處。

而中國大陸於2006年出爐的《企業會計準則第36號-關聯方披露》²²第三、四條規範「關聯方」，仍大致參照1997年之《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》規定。第36號準則規定：「一方控制、共同控制另一方或對另一方施加重大影響，以及兩方或兩方以上同受一方控制、共同控制或重大影響的，構成關聯方。**控制**，是指有權決定一個企業的財務和經營政策，並能據以從該企業的經營活動中獲取利益。**共同控制**，是指按照合同約定對某項經濟活動所共有的控制，僅在與該項經濟活動相關的重要財務和經營決策需要分享控制權的投資方一致同意時存在。**重大影響**，是指對一個企業的財務和經營政策有參與決策的權力，但並不能夠控制或者與其他方一起共同控制這些政策的制定。」、「第四條：下列各方構成企業的關聯方：（一）該企業的母公司。（二）該企業的子公司。（三）與該企業受同一母公司控制的其他企業。（四）對該企業實施共同控制的投資方。（五）對該企業施加重大影響的投資方。（六）該企業的合營企業。（七）該企業的聯營企業。（八）該企業的主要投資者個人及與其關係密切的家庭成員。主要投資者個人，是指能夠控制、共同控制一個企業或者對一個企業施加重大影響的個人投資者。（九）該企業或其母公司的關鍵管理人員及與其關係密切的家庭成員。「關鍵管理人員」，是指有權力並負責計畫、指揮和控制企業活動的人員。「與主要投資者個人或關鍵管理人員關係密切的家庭成員」，是指在處理與企業的交易時可能影響該個人或受該個人影響的家庭成員。（十）該企業主要投資者個人、關鍵管理人員或與其關係密切的家庭成員控制、共同控制或施加重大影響的其他企業。」該準則亦於第五、六條明訂不視為關聯方之三種情形：「僅與企業存在下列關係的各方，不構成企業的關聯方：（一）與該企業發生日常往來的資金提供者、公用事業部門、政府部門和機構。（二）與該企業發生大量交易而存在經濟依存關係的單個客戶、供應商、特許商、經銷商或代理商。（三）

²² 《企業會計準則第36號-關聯方披露》www.legalinfo.gov.cn/misc/2007-01/10/content_511872.htm（網站最後參訪日期2008年5月1日）。

與該企業共同控制合營企業的合營者。」、「僅僅同受國家控制而不存在其他關聯方關係的企業，不構成關聯方。」。

相較於 1997 年之《企業會計準則》，《企業會計準則第 36 號-關聯方披露》對於關聯方定義不同、變更關聯方交易類型且補充對關聯方披露之要求：

(一) 關聯方定義的新舊比較

(1) 若干概念的重新界定

「共同控制」，是指「按照合同約定對某項經濟活動所共有的控制，僅在與該項經濟活動相關的重要財務和生產經營決策需要分享控制權的投資方一致同意時存在」。較舊會計準則而言，此處定義作了進一步限制，避免與「控制」概念重疊。

「重大影響」，是指「對一個企業的財務和經營政策有參與決策的權力，但並不能夠控制或者與其他方一起共同控制這些政策的制定」。對重大影響概念的界定中，刪除了舊準則中關於參與決策主要途徑的規定。事實上，舊準則中的規定有助於對企業是否對另一方施加重大影響作出更為清晰的判斷。

「主要投資者個人」，是指「能夠控制、共同控制一個企業或者對一個企業施加重大影響的個人投資者」。新準則對此一概念從不同角度重新定義，在控制、共同控制、施加重大影響等概念前提下規範更符合現實情況，畢竟，從控股比例的角度來確定是否構成「主要投資者個人」並不符合各企業實際情況。舉例來說，股權高度集中的企業中，控制 10% 的表決權也許完全無法達到對企業控制、共同控制或施加重大影響的程度，如一股獨大的國有企業，這樣的投資者個人並不能構成「主要」；對股權高度分散的企業，情況則剛好相反，第一大股東的控股比例也許都不會高於 10%，這時應用此比例來判斷是否構成主要投資者個人顯然是不合適。

(2) 對「關聯方」外延擴展

重新明確定義上述概念後，修訂後的準則對關聯方的定義外延擴展：對企業實施共同控制、施加重大影響的投資方構成關聯方；母公司的關鍵管理人員及與其關係密切的家庭成員構成關聯方；該企業主要投資者個人、關鍵管理人員或與

其關係密切的家庭成員控制、共同控制或施加重大影響的其他企業構成關聯方。當前中國大陸社會轉型期之特性使得市場中人情交易、權力金錢交易氾濫，進一步使得「關係密切的家庭成員」也需列入中國會計準則之限定範圍。面對社會改革中此一難以逾越的缺陷，新會計準則此方面之應對是有必要的。

另外，此次會計準則修訂特別強調了「實質重於形式」之原則，關聯方關係注重關係之實質，而不僅僅是法律形式。明確規範不能僅因為兩個或多個企業有同一名關鍵管理人員，就將其作為關聯方，除非該關鍵管理人員能同時對這些企業實施控制、共同控制或重大影響；不能僅因為共同控制某合營企業，就將各合營者作為關聯方等。這些規定更符合企業現實情況，面對一些違規操作的經濟案件提供較強之解釋與約束能力。

(3) 對關聯方交易類型的變更

對於關聯方交易的類型，新會計準則進行了如下增刪：增加了「代表企業或由企業代表另一方進行債務結算，構成關聯方交易」，原本債務結算就是企業經營中的敏感話題，許多上市公司之違規行為就是在為大股東結算債務或提供不合理擔保的過程中產生的，因此有必要增加為關聯方交易類型之一種，舊準則中提出的「管理方面的合同」因其內容已部分地包含在其他類型的關聯方交易中而被刪除。

(4) 對關聯方披露要求之補充

新會計準則增加了在合併財務報表中揭露企業集團成員間交易之規定。企業不僅在個別財務報表附註中應揭露有關關聯方關係及關聯交易事項，還應在合併報表中分別按關聯方類別揭露集團內部的關聯方關係及交易金額。屬多層投資控制關係的，關聯關係及交易應揭露到最低層企業。

舊準則僅要求揭露有直接控制關係之企業，並未明確提及揭露之層次。此點成為許多多層控制結構企業掩蓋關聯交易之擋箭牌，一些企業會選擇透過可間接控制或影響之上下兩級以上的公司來完成各種牟利交易而免受揭露要求之限制。新準則除要求揭露有直接和間接控制關係之企業資訊外，還對披露的層次進行了清晰客觀的規定：「母公司不是該企業最終控制方的，還應當披露最終控制方名稱；母公司和最終控制方均不對外提供財務報表的，還應當披露母公司之上

與其最相近的對外提供財務報表的母公司名稱」。另一方面，關聯方交易中需揭露的交易要素也有所增加。修訂後準則取消了關聯方交易金額或比例的揭露選擇，企業必須揭露交易金額，重大交易須同時揭露交易金額及交易額占該類總交易額的比例。此項規定增加了關聯交易揭露之透明性、直接性，降低了企業掩蓋甚至篡改交易額之可能性。

在未結算專案方面，新準則要求企業加強資訊揭露強度，除原有的未結算專案的金額外，新增了「已結算專案條款和條件」、「有關提供或取得擔保的資訊」及「未結算應收項目的壞帳準備金額」三項揭露要求。此規定是在國內近年來關聯企業間濫用擔保手段的背景下所提出的。另外，新準則強調了關聯方交易的公允原則，規定「企業只有在提供確鑿證據的情況下，才能披露關聯方交易是公平交易」。

準則第36號增加了「與該企業共同控制合營企業的合營者。」不視為關聯方之規定，以針對中國合營企業之現狀進行規定。該準則第36號雖盡可能包括各類關聯方，但並未涵蓋透過公司管理契約形成之關聯方，亦未涵蓋中國國有企業內於離職或退休後對該企業還有實實影響力之前任領導人，此有待將來中國大陸修法改善。

(二) 台灣財務會計準則公報-第六號「關係人交易之揭露」

台灣「關係人交易之揭露」（即中國大陸「關聯交易之披露」），是依照財團法人中華民國會計研究發展基金會西元1985年6月15日公布之《中華民國財務會計準則公報-第六號「關係人交易之揭露」》（以下簡稱「財會公報第六號」）。²³依照財會公報第六號所謂「關係人交易」係指「關係人間資源或義務之移轉，不論有無計收價金均屬之」。該財會公報第六號第二段規定將「關係人」分為列舉式定義及概括式定義兩種，其中概括式定義為：「凡企業與其他個體(含機構或個人)之間，若一方對於他方具有控制能力或在經營、理財政策上具有重大影響力者，雙方即互為關係人；受同一個人或企業控制之各企業，亦互為關係人」。以上所指之「企業」，包括獨資、合夥及公司三種型態；所謂「具有控制能力」，

²³ 財團法人中華民國會計研究發展基金會網站資料<http://www.ardf.org.tw/>（網站最後參訪日期2008年5月1日）。

指「直接及經由子公司間接持有一公司超過半數之普通股股權而言，投資於特別股，其具有表決權者，亦應合併計算²⁴」；所謂「在經營、理財政策上具有重大影響力」，指「持有被投資公司普通股股權 20%至 50%者」。依照財會公報第五號公報第 6 段後段規定，「具有下列情形之一，通常即視為有重大影響力：1.投資公司持有被投資公司普通股股權百分比為最高者。2.投資公司及其投資持股比例超過 50%之其他公司派任於被投資公司之董事，合併超過被投資公司董事總席次半數者。3.投資公司派任有總經理者。4.投資公司依合資經營契約規定，擁有經營權者。5.有其他足以證明投資公司對被投資公司具有重大影響力之事項者。」且依照財會準則公報第六號第二段第三項之規定：「在判斷是否為關係人時，除注意法律形式外仍須考慮實質關係」。故企業以他人名義（不論為法人或自然人）持有之股份，應依其實質判斷是否為該號公報所稱之關係人。財會公報第六號另外亦明確規定，除非能證明不具有控制能力或重大影響力，否則具有下列情形之一者，通常即為企業之關係人：

- (一) 企業採權益法評價之被投資公司。
- (二) 對公司之投資採權益法評價之投資者。
- (三) 公司董事長或總經理與他公司之董事長或總經理為同一人，或具有配偶或二親等以內關係之他公司。
- (四) 受企業捐贈之金額達其實收基金總額 1/3 以上之財團法人。
- (五) 公司之董事、監察人、總經理、副總經理、協理及直屬總經理之部門主管。
- (六) 公司之董事、監察人、總經理之配偶。
- (七) 公司之董事長、總經理之二親等以內親屬。

上述第一項及第二項所謂「企業採權益法評價之被投資公司」及「對公司之投資採權益法評價之投資者」²⁵，是指長期投資且符合下列三種情形之一者：1.持有被投資公司普通股股權超過50%者。2.持有被投資公司普通股股權20%以上者。3.持有被投資公司普通股股權20%以上者。

第三款 稅法規範之界定

²⁴ 綜合財務報表第一號 20 條、第五號第 5 段及第七號第 5 段等之規定。

²⁵ 財會公報第五號公報第 16 段規定。

稅法對於關聯交易之規範主要是抑制關聯企業間透過移轉定價（亦有稱「移轉訂價」，本文將交互使用此二詞）等手段規避國家稅賦之行為，避免國家因企業間以欺詐性的協同行為或一致行減少稅收。對於關聯企業間有關收入、成本、費用與損益之攤計，如有以不合營業常規之安排，規避或減少納稅義務者，以稅法規範予以追查稅收之方法。因此，稅法著重於對「跨國關聯企業」或「跨地區關聯企業」之界定以及移轉定價之行為，而對其他關聯方及其間之交易並不特別予以規範。

1. OECD 規範

20 世紀 60 年代以後，國際貿易迅猛發展，跨國公司內部交易在國際貿易之中比重快速上升，雙重徵稅問題日顯突出。聯合國經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development, 一般簡稱為「OECD」）²⁶以稅務當局之間、稅務當局與跨國公司之間的協調人的身份，對轉讓定價作了大量有益的工作。1963 年 OECD 制定並公布了《關於對所得和資本避免雙重徵稅的協定範本》，簡稱《經合發範本》或《OECD 範本》，該範本偏向照顧已開發國家之利益，而不利於開發中國家對外簽訂稅收協定。²⁷ 為了適應國際經濟形式發展的需要，《OECD 範本》經歷過多次修改，其中 1977 年修訂的《OECD 範本》第九款首次明確提出了轉讓定價之原則和避免雙重徵稅之相應調整。第九款第一條指出，關聯企業之間的交易應與獨立企業之間的交易一樣，符合正常交易原則，否則，締約國的稅務當局有權對轉讓定價進行稅務調整。第二條是關於第二層次的調整，「如果締約國一方對關聯企業的某筆轉讓定價交易進行了稅務調整，按照正常交易原則這筆交易的利潤確實應發生在該國，那麼關聯交易所涉及的另一締約國應對這筆交易的利潤作相應的稅務調整。確定此類調整時，應參考本協定範本的其他條款，若有必要，健全的締約國政府應彼此協商就調整取得一致意見。」《OECD 範本》對轉讓定價確立「正常交易原則」和「相應調整原則」，

²⁶ OECD 官方網站：<http://www.oecd.org>（網站最後參訪日期 2008 年 5 月 1 日）。

²⁷ 為了制定一個所有國家普遍接受的稅收協定範本，聯合國於 1968 年成立了專家小組，並於 1979 年 12 月正式公布了《關於已開發國家與開發中國家間避免雙重徵稅的協定範本》，簡稱《聯合國範本》或《UN 範本》。《聯合國範本》兼顧了已開發國家和開發中國家之利益，以更公平地劃分來源國與居住國之間的稅收管轄權，同時也有助於開發中國家瞭解已開發國家之意見，既維護稅基，又能吸引外資。截至 1983 年，國際上的各種稅收協定已有 1316 個，約一半是已開發國家之間簽訂的，開發中國家之間簽訂的只有少數。《OECD 範本》成為國際上簽訂雙邊或多邊稅收協定的重要藍本。迄今為止，中國大陸與所有 OECD 成員國簽訂了雙邊稅收協定。

此兩條原則得到已開發國家及開發中國家的普遍贊同，經合組織成員國之間、經合組織成員國與非成員國之間簽訂的雙邊避免雙重徵稅的協定中，都普遍採用了這兩條原則。中國與 59 個國家和地區簽訂的稅收協定，也採用了這兩個原則。

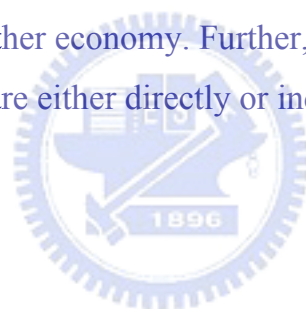
「正常交易原則」和「相應調整原則」在理論上可是可行的，但由於跨國公司集團的成員之間的商業交易與獨立企業之間的交易所承受的市場壓力不同，集團內一個成員向另一個提供商品和勞務的成員支付的轉讓價格，出於行銷或財務策略，或由於全球稅負最小化的考慮，可能與市場價格完全不同。為了保證跨國企業的稅基分配公平，集團內部轉讓價格接近於獨立企業之間的談判定價結果即很重要的。在實際上，由於各國經濟發展水準不同，法律制度也相差甚遠，因此執行起來困難很大。為了尋求對轉讓定價的共同解決辦法，OECD的專家特別工作小組，於 1979 年正式公布了《轉讓定價與跨國公司》(Transfer Pricing and Multinational Enterprises) 之報告。該報告的重要目的是要提供普遍適用的指導方針，使之既適用於已開發國家之間的轉讓定價，也適用於已開發國家與開發中國家之間的轉讓定價。²⁸

該報告公布之後，各國政府和跨國公司對報告也提出了許多意見。OECD財政事務委員會於綜合考慮各國政府和跨國公司之意見後，於 1984 年出版了報告《轉讓定價與跨國公司：三個稅收問題》(Transfer Pricing And Multinational Enterprises: Three Issues On Taxation)，作為 1979 年指導方針的補充。1984 年報告重申了跨國企業內部轉讓定價應符合正常交易原則，指出，「減少轉讓定價調整引起的雙重徵稅的可能性的責任首先在於跨國企業 (MNE) 本身，它無論在什麼情況下，都應安排其內部交易價格符合正常交易價格」。OECD 要求其下屬的跨國公司稅收工作小組對 1979 年報告進行修改補充。該補充修訂的新的指導方針《對跨國公司和稅務當局的轉讓定價指導方針》(Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations) 於 1995 年公布。雖然 OECD 的轉讓定價指導方針不具有強制約束力，但已成為各國簽訂稅收協定的重要參考藍本。在雙邊協定或多邊協定中一旦採用了其原則和方法，就對協定各國產生約束力。OECD 對轉讓定價指導方針的研究已超越了傳統的有形資產、資本、勞務以及無形資產的轉讓範圍，涉及全球金融交易、電子商務等新興的貿易手段的轉讓

²⁸ OECD對轉讓定價研究之理論貢獻，http://law.cec-ceda.org.cn/files/info_96.html (網站最後參訪日期 2008 年 5 月 1 日)。

定價問題²⁹。

「關係企業之認定」和「正常交易價格的計算」，是移轉定價稅制的核心，也是實施移轉訂價稅制中的難點。各國在處理移轉訂價問題時，首要是判明有關的國內外企業之間是否存在關聯關係，只有存在關聯關係的企業，才能成為移轉訂價稅制的主體而納入移轉訂價稅制管理的範疇，並受到稅法中移轉訂價有關係款的管制。因此，各國稅法對於如何判定企業之間的關聯關係亦成為一重要課題。目前各國大都從「控制」的角度來解釋關係企業，並將是否存在控制作為判定關係企業的基本標準。同時，不僅注重股權控制亦相當注重非股權控制，不僅涉及直接控制也涉及間接控制。OECD範本對關聯企業之定義（related enterprises）為：
「Related enterprises are those where there exists a direct investment relationship. BPM5 defines the direct investment relationship as ownership, by a direct investor resident in one economy, of 10 percent or more of the ordinary shares or voting power (for an incorporated enterprise) or the equivalent (for an unincorporated enterprise) of an enterprise resident of another economy. Further, direct investment enterprises comprise those entities that are either directly or indirectly owned by the direct investor.」³⁰



2. 中國大陸稅法規定

中國大陸於 1991 年 7 月 1 日起施行之《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》第 13 條 及《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》第四章第 52 條至第 58 條首次從稅收的角度規範「關聯企業業務往來」³¹，依《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》第 52

²⁹ 楊斌，關聯企業轉讓定價及調整方法概述--美國和OECD轉讓定價規則比較研究之一，涉外稅務，2001 年第 10 期，31 頁。

³⁰ <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4358>（網站最後參訪日期 2008 年 5 月 1 日）。

³¹ 《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》第 13 條規定：「外商投資企業或者外國企業在中國境內設立的從事生產、經營的機構、場所與其關聯企業之間的業務往來，應當按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用。不按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用，而減少其應納稅的所得額的，稅務機關有權進行合理調整。」

條規定：「稅法第 13 條所稱的「關聯企業」，是指與企業有以下之一關係的公司，企業和其他經濟組織：(一)在資金、經營、購銷等方面，存在直接或者間接的擁有或者控制關係；(二)直接或者間接地同為第三者所擁有或者控制；(三)其他在利益上相關聯的關係。該法僅針對「外商投資企業」和「外國企業」對其關聯法人之購銷業務、融通資金、提供勞務、轉讓財產、提供財產使用權業務。

隨後中國大陸國家稅務總局於 1992 年頒布之《中華人民共和國稅收徵收管理法》第 36 條及《中華人民共和國稅收徵收管理法實施細則》第 51 條至 54 條亦規範關聯交易揭露和關聯交易逃稅方面(規定納稅人有義務就其與關聯企業之間的業務往來，向當地稅務機關提供有關的價格、費用標準等資料。稅務機關認為交易價格異常的，可按市場價格等標準來調整企業應納稅額)。嗣後，於 1998 年 4 月 23 日為了促使關聯企業間業務往來的轉讓定價稅收管理工作走向規範化、程序化，提高效率，依照《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》、《中華人民共和國稅收徵收管理法》第 24 條及其實施細則、《國家稅務局關於關聯企業間業務往來稅務管理實施辦法》(國稅發(1992)237 號)、《國家稅務局關於貫徹〈關聯企業間業務往來稅務管理實施辦法〉幾個具體問題的通知》(國稅發(1992)242 號)以及中國大陸政府與有關國家政府間簽定的稅收協定的有

第五十三條 稅法第十三條所說的獨立企業之間的業務往來，是指沒有關聯關係的企業之間，按照公平成交價格和營業常規所進行的業務往來。企業有義務就其與關聯企業之間的業務往來，向當地稅務機關提供有關的價格、費用標準等資料。

第五十四條 企業與關聯企業之間的購銷業務，不按獨立企業之間的業務往來作價的，當地稅務機關可以依照下列順序和確定的方法進行調整：(一)按獨立企業之間進行相同或者類似業務活動的價格；(二)按再銷售給無關聯關係的第三者價格所應取得的利潤水準；(三)按成本加合理的費用和利潤；(四)按其他合理的方法。

第五十五條 企業與關聯企業之間融通資金所支付或者收取的利息，超過或者低於沒有關聯關係所能同意的數額，或者其利率超過或者低於同類業務的正常利率的，當地稅務機關可以參照正常利率進行調整。

第五十六條 企業與關聯企業之間提供勞務，不按獨立企業之間業務往來收取和支付勞務費用的，當地稅務機關可以參照類似勞務活動的正常收費標準進行調整。

第五十七條 企業與關聯企業之間轉讓財產、提供財產使用權等業務往來，不按獨立企業之間業務往來作價或者收取、支付使用費的，當地稅務機關可以參照沒有關聯關係所能同意的數額進行調整。

第五十八條 企業不得列支向其關聯企業支付的管理費。

關規定，借鑒國際上通常的做法，結合中國大陸稅收徵管體制改革的總體要求和實施轉讓定價稅收管理工作的具體實踐，制定《關聯企業間業務往來稅務管理規程（試行）》（下稱「本規程」）

本規程第四條且進一步規定：稅法實施細則第五十二條和徵管法實施細則第三十六條所稱「在資金、經營、購銷等方面，存在直接或者間接的擁有或者控制關係」、「直接或者間接地同為第三者所擁有或者控制」、「其他在利益上具有相關聯的關係」，主要是指企業與另一公司、企業和其他經濟組織（以下統稱另一企業）有下列之一關係的，即為關聯企業：（一）相互間直接或間接持有其中一方的股份總和達到 25% 或以上的；（二）直接或間接同為第三者所擁有或控制股份達到 25% 或以上的；（三）企業與另一企業之間借貸資金占企業自有資金 50% 或以上，或企業借貸資金總額的 10% 是由另一企業擔保的；（四）企業的董事或經理等高級管理人員一半以上或有一名常務董事是由另一企業所委派的；（五）企業的生產經營活動必須由另一企業提供的特許權利（包括工業產權、專有技術等）才能正常進行的；（六）企業生產經營購進原材料、零配件等（包括價格及交易條件等）是由另一企業所控制或供應的；（七）企業生產的產品或產品的銷售（包括價格及交易條件等）是由另一企業所控制的；（八）對企業生產經營、交易具有實際控制的其他利益上相關聯的關係，包括家族、親屬關係等。

其實就稅收觀點而言，規定越細反而越難稽徵稅捐，且有礙企業營運效率，因此實應強調關聯企業的實際移轉定價行為而非僅側重於強調關聯性，故稅法上可對關聯企業作以下規定：「企業與以下企業或其他經濟組織之間構成關聯企業：（1）在組織和營運上存在直接或者間接的擁有、控制關係或重大影響；（2）直接或間接同為第三者所擁有、控制或重大影響；（3）其他在權益上相關聯而可能導致移轉定價的關係。例如明確直接或間接擁有或控制表決權達 20% 以上者。」

32

3. 台灣稅法規定

台灣早在民國 60 年（西元 1971 年）即增訂所得稅法第 43 條之一關於調整不合營業常規交易之規定，導入稅捐稽徵機關針對關係企業間非常規交易得調整

³² 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社 2006 年 12 月，第 87 頁。

課稅的法源依據。依該條規定：「營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係，或直接間接為另一事業所有或控制，其相互間有關收益、成本、費用與損益之攤計，如有以不合營業常規之安排，規避或減少納稅義務者，稽徵機關為正確計算該事業之所得額，得報經財政部核准按營業常規予以調整」。依台灣所得稅法第 43 條之一規定「關係企業」的範圍為：「營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係（即具有控制與從屬關係，所得稅法本身並未定義「從屬關係」，應可援用公司法之定義），或直接間接為另一事業所有或控制。」因此，公司法關係企業專章與所得稅法對於關係企業之定義略有不同。³³

第二節 台灣與中國大陸對於關聯交易定義之比較

中國大陸通稱之「關聯交易」或「關聯方交易」即台灣通稱之「關係人交易」，大體歸納均泛指發生在關係人(關聯人)間之交易行為，無論是自然人或法人，也無論交易是有償或無償，兩岸均未在公司法內訂定「關聯交易」之定義，但均個別在會計準則公報內明訂關聯交易之揭露。目前兩岸只有台灣公司法制定關係企業專章，中國大陸之新公司法雖明訂「關聯關係」之定義及濫用關聯關係之法律責任，但仍無關係企業專章。台灣公司法雖有關係企業專章，但尚未將關係企業之董監事、經理人、主要股東及其配偶及其子女納入規範範圍，中國大陸新公司法已將「實際控制人」納入規範，以盡可能降低控制關聯交易帶來之弊端，此值得台灣將來公司法或相關法令修法之參考。

³³ 巫鑫，如何查核關係企業非常規交易，勤業眾信會計師事務所，2004年3月，1~30頁。

第三章 關聯交易優點、弊端及類型特徵

第一節 關聯交易之優點

從會計學觀點，決定交易條件是在於價值交換的等值性。在一般的交易情況，雙方當事人均會本於自身的利益，進行議價協商而求得買賣商品或服務等值交換的條件合致以完成交易，此屬「常規交易」(arms-length transaction)。相對於「常規交易」，即有「非常規交易」(non arms-length transaction)。此類「非常規交易」往往在交易之目的、價格、條件，或其交易之發生，或其交易之實質與形式，或其交易之處理程序，與一般正常交易顯不相當或顯欠合理，且通常存於相互獨立但關係密切之當事人間，在考量特定目的下完成不對等的交易行為，因而令人備受質疑其交易的公平性與公正性¹，而關聯交易即常有非常規交易之情形發生。「關聯交易」一詞實為中性，僅是描述兩相互有關聯關係之當事人之交易，並非關聯交易即必然等同於非常規交易。關聯交易有常規及非常規之分，常規之關聯交易不乏其優點如下：

(一) 可節省公司之各類交易成本：

一般公司與他公司進行交易，將透過詢價、比較品質、比價、磋商交易條件、簽訂契約等繁複之程序並耗費大量成本。而企業集團內部之企業間相互進行交易可以避免許多搜尋成本、談判成本、簽約成本等節省各類交易成本，而使採購效率化。

(二) 有利於企業集團利潤最大化，以提高整體市場競爭能力：

由於關聯交易除了可節省交易成本外，更減少與外部人交易過程中的不確定性，更能確保供給與需求，並能在一定程度上保證產品的質量和標準化，有利於達到

¹ 廖大穎，公司制度與企業金融之法理，元照出版公司，2003年3月，第55頁。

最佳經濟規模，有利於企業集團利潤最大化，是資本市場上效率取向的必然產物。

（三）有利於減輕投資風險：

如母公司投資子公司不僅可以避免對外投資中可能存在的商業詐欺行為，且可透過有限責任有效地減少投資風險。

第二節 關聯交易之弊端

一般而言，公司與其他公司或自然人間之交易，如表示意思一致者，契約即為成立，契約若無違反法律強制禁止規定及公序良俗，依私法自治原則，契約即屬有效，應適用相關民商法規範，公司法一般不應對之進行過多干涉。然而由於此類「關聯交易」是發生在具有關聯關係的主體間之交易，交易雙方關係的特殊性決定了此種交易具有法律上的特殊性。其特殊性在於交易的一方對另一方的實質性控制力或影響力將必然導致雙方當事人的地位完全不對等，造成在事實上雙方處於不平等的交易地位。其次，在關聯交易中，公司內部人往往處於角色衝突之尷尬地位，造成不可避免之內部人利益衝突，最後導致關聯交易在客觀上存著交易不公平的巨大風險，極易形成先前所述之「非常規交易」。濫用關聯交易即屬「非常規關聯交易」，其危害不但影響其中一方公司之債權人及中小股東權益，亦可能造成國家稅捐收入損失。而上市公司通過關聯交易操縱利潤，粉飾財務報表，誤導訊息使用者，更影響中小投資者參與市場而使投資減少致證券市場冷淡，進而影響證券市場，其所造成之危害廣大且深遠。

一般而言，「非常規之關聯交易」，將產生下列弊端²：

（一）影響公司債權人權益及中小股東權益

關聯關係中的控股股東可能濫用其控股地位，透過其重大影響力以扭曲交易

² 管強，關聯交易內幕，中華工商聯合出版社，2003年版，3~5頁。

條件，或透過不公平的定價原則，轉移從屬公司之利潤予控制股東，從而損害從屬公司中小股東利益及債權人權益。例如 ST 猴王，大股東猴王集團透過各種手段和各種名目肆意侵佔上市公司之財產與資金，幾乎將上市公司徹底掏空。控制股東利用關聯交易，將上市公司之利益轉移給母公司或其控制之關聯企業，實際上是吸取上市公司之營運能力、營利能力和償債能力。一方面，此種行為將損害債權人之利益，在上市公司資產不抵負債或者破產時，債權人將遭受債權無法全部受償的損失。由於控制股東已經透過關聯交易先期回收投資，或將營利轉歸自己，而將虧損留給從屬公司，因而將免受損失出資之風險，有關聯關係之雙方可能濫用關聯交易掏空公司資產並利用法人有限責任逃避債務而嚴重影響從屬公司債權人權益。另一方面，這種行為將直接嚴重影響上市公司的正常生產經營，進而損害中小股東的合法權益。從理論上而言，抽取上市公司利益將減少上市公司股東之財富，也包括控制股東之財富。但由於控制股東已經從關聯交易中獲取利益，因此他們能從利益轉移中獲得全部好處，而只承擔上市公司虧損之一小部分，故控制股東對公司利益之態度與其他中小股東迥異。當其進行關聯交易之預期收益大於預期承擔其在上市公司的虧損額時，控制股東即有進行不公平關聯交易之動機。而中小股東與其他利害關係人將因此承擔全部歸屬自己部分之虧損。對中小投資者之侵害，進而將損害到資本市場之發展。

(二)影響國家稅收

關聯公司可利用關聯交易進行各種內部安排(例如跨國公司為減輕稅賦、降低經營風險或獲取利益最大化而進行移轉訂價)，利用三角貿易將利潤留存於境外從屬公司，即可能嚴重影響國家稅捐收入。

(三)影響潛在投資人投資意願

關聯方透過不正常關聯交易創造公司虛假業績，迅速提升資質較差公司的對外形象，藉以吸取廣大投資人之資金以達到上市目的。於符合上市資格而正式上市後，為了達到取得配股資格、避免被 ST、PT、摘牌下市、實現預定的營利指標，及其他經濟與政治原因，每到年底，大陸上市公司紛紛與控制股東或控制股東下屬的其他子公司進行資產置換、股權轉讓、出售資產等業務，透過不正當的關聯交易，以提高投資收益，「包裝」利潤，對上市公司股價進行操縱或進行內

線交易，從中獲取不正當利益，使公司財務風險加大。如果上市公司進行充分而公平之訊息揭露，詳細說明關聯交易之要素，如交易性質、金額、定價政策、定價是否公平、交易對公司財務狀況和經營成果、現金流量的影響，投資大眾還能加以識別，調整，但上市公司往往隱瞞關聯交易訊息、未及時揭露或揭露訊息不充分，使得投資者無法區分公司之優劣，導致投資者個人投資失誤，同時扭曲整個資本市場資源配置功能，進而影響潛在投資人投資意願，影響整個證券交易市場。

第三節 非常規關聯交易之方法類型

中國大陸《企業會計準則第36號——關聯方披露》第三章明訂關聯方交易，是指關聯方之間轉移資源、勞務或義務的行為，而不論是否收取價款，並於第八條列舉了十一種關聯交易類型：（一）購買或銷售商品（二）購買或銷售商品以外的其他資產（三）提供或接受勞務（四）擔保（五）提供資金（貸款或股權投資）（六）租賃（七）代理（八）研究與開發項目的轉移（九）許可協議（十）代表企業或由企業代表另一方進行債務結算（十一）關鍵管理人員薪酬。雖包括上述類型，但一般非常規關聯交易之主要代表類型為：（一）不動產交易；（二）未上市或未上櫃股票之交易；（三）進銷貨之利益輸送；（四）違法資金融通與借貸；（五）非法信用補強或背書保證。³以下分別介紹各類型之方式：

一、不動產交易

此類型為早期台灣關聯企業非常規交易最常見之方法，亦為典型之利益輸送方式。此種關聯交易，係於獲悉公司將購買特定不動產之消息後先以關聯人或人頭戶名義以低價購入該不動產，再以高價出售予公司或關聯企業，藉以套取高額價差利益。台灣最有名之此類型案例為「華隆案」(此案最高法院判決無罪而確定)。

台灣證券交易法部分條文於九十一年六月十二日修正公布施行，為避免上市公司透過此類非常規之不動產關聯交易而影響上市公司投資人之權益，其中增訂

³ 陳峰富，關係企業與證券交易，五南圖書出版股份有限公司，2005年5月，93頁。

第三十六條之一授權主管機關訂定「公開發行公司取得或處分資產處理準則」。經考量前所發布之「公開發行公司取得或處分資產處理要點」、「公開發行公司向關係人購買不動產處理要點」、「公開發行公司從事大陸地區投資處理要點」、「公開發行公司從事衍生性商品交易處理要點」、「上市上櫃公司及興櫃股票公司合併或分割應注意事項」及「公開發行公司發行新股受讓他公司股份應注意事項」等規定性質類近，爰予以整合修正，納入訂定此準則，共四章，計三十四條，明定公開發行公司應訂定取得或處分資產處理程序，以強化其內部控制制度，並規範訂定或修正取得或處分資產處理程序等情況，應充分考量獨立董事意見，並將其意見列入董事會議事錄，暨董事如表示異議且有紀錄或書面聲明者，公開發行公司並應將相關資料送各監察人，以強化公司治理，發揮董事、監察人及獨立董事功能。明定公開發行公司取得或處分重大不動產、其他固定資產、有價證券、會員證及無形資產等，應取具估價報告或會計師意見，以借重專家功能，保障投資。⁴

二、未上市或未上櫃股票之交易

由於未上市或未上櫃股票（下稱「未上市櫃股票」）價格並未公示，並未如上市櫃公司股票有公開交易市場而得以知悉其價值，因而關聯方（即關係人）時有高估或低估未上市上櫃股票之買賣，以進行非常規交易之不法意圖。例如持有未上市或未上櫃股票公司之董事或監察人等公司內部人，透過實質控制或形式董事會決議，將公司所持有之績優未上市櫃股票，以低價出售予關聯方或控制股東所另外投資之公司，再將股票轉售予其他投資人，以賺取鉅額價差。另外，亦可能以實質控制或形式董事會決議，故意高估關聯方或關聯方另外投資之公司或人頭戶所持有之未上市或未上櫃股票，再由公司買入無實際價值之未上市櫃公司股票，進而掏空公司資產。此種高估或低估未上市櫃股票價格之交易，常伴隨著濫估公司無形資產價值之問題。例如高估某關聯公司無價值之智慧財產權，並高價出售或授權予上市公司。⁵

⁴ <http://www.sfb.gov.tw/secnews/law/trait/91year/trait-1/91010910006105-2.doc> (網頁最後參訪日期:2008年5月1日)。

⁵ 陳峰富，關係企業與證券交易，五南圖書出版股份有限公司，2005年5月，94~95頁。

三、進銷貨及提供服務之利益輸送

(一) 一般類型之進銷貨之非常規交易

此種類型通常發生於關聯企業間交易之不合理性。在進貨之際，由公司向關聯方所投資之公司，以較高且不合理之價格買入貨物或服務，比較該價格，通常高於向非關聯方進貨或由非關聯方提供服務之價格；銷貨方面，公司將貨物出售給其關聯方所投資公司之價格較一般交易相對人低，或應收帳款期間較一般常態交易情形顯然更長。一旦公司應收帳款無法收回，必須提列呆帳準備而遭受重大損失。

(二) 跨國關係企業之「移轉訂價」(transfer pricing)

跨國企業之母公司與關聯企業之間近年來常利用不合營業常規之定價策略，低價高賣或高價低賣，將利潤分配至設在海外低稅率或免稅天堂(例如 British Virgin Island 或 Cayman Island)之子公司，以規避租稅負擔，即所謂之「移轉定價」，其目的在於降低企業集團之總稅額，並降低子公司成本以便擴大競爭力，避免匯率風險及套匯需求等功能。同時，跨國關聯企業可透過人為安排而訂定這種背離正常市場價格標準之內部交易價格與費用分擔。台灣財政部已於民國 93 年 1 月 2 日將「營利事業所得稅查核準則」增列第 114 條之 1，針對關係企業交易移轉訂價之調整方法與預先訂價協議之核定，訂定出較為明確之規範。

四、違法資金融通與借貸

公司違法將資金直接或間接貸與關聯方或實質關係人，或以無利息或象徵性之微利而進行借貸，當借用人無力償還或故意不還借款時，即會嚴重侵害股東權益，構成違法行為之非常規交易。此種違法資金融通與借貸間接影響公司之利息收入或因無法收回而為呆帳。因此台灣證期局因此公布「公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則」，要求上市公司必須遵循。

五、非法信用補強或背書保證

此種類型通常以公司之資產為關聯方所投資公司之借款(甚至人頭戶)提供擔保、抵押或為票據背書或保證。此種行為雖類似「或有債務」，但如借款人陷入財務困難時，公司即需負責任，因而侵害公司、公司股東及公司債權人之權益。因此，台灣之証期局於民國九十一年十二月十八日發布「公開發行公司資金貸與及背書保證處理準則」，公開發行為背書保證須履行「嚴謹程序」及「資訊公開」，以免侵害投資大眾權益。⁶

第四節 關聯交易之法律特徵

對於關聯交易法律特徵的理解，是認定關聯交易是否構成、分析關聯交易的性質以及選擇相應規範措施之重要依據。依據關聯交易的實質和外觀表現形式，可分析出關聯交易具備如下的法律特徵⁷：

一、交易主體間之關聯性

關聯交易的交易主體間具有關聯性。即關聯交易必須發生在具有權益關聯性及相互影響力的交易主體(即關聯方)之間。關聯交易不只發生在關聯企業之間，亦能發生於企業與個人(關聯自然人)之間。此種「關聯性」指權益上的關聯性，包括直接及間接的權益關聯性。在法律和經濟學上規範關聯交易現象，是出於追求公平、防止詐欺、規範相互關聯的交易主體間權益衝突之目的。由於關聯交易通常需有特定人士去進行介紹、遊說直至批准該交易等推動行為，而該等人士為上述行為之動力多是出於自己個人或與自己關係密切者之權益，且該等人士有足夠的力量去影響在關聯交易中權益可能受損之一方主體，因此關聯交易主體的雙方地位即不可能平等。換言之，關聯交易的一方交易主體在交易時雖法律外觀上仍有獨立法人格，但實質上卻可能已失去主體性，喪失獨立法人自主追求本身最大利益之重要特徵。

美國法學家Clark教授在其大作「公司法則(Corporate Law)」將自我交易(Self-dealing)的類型區分為以下四種類型⁸：第一、公司與其董事或重要職員之

⁶ 陳峰富，關係企業與證券交易，五南圖書出版股份有限公司，2005年5月，96~105頁。

⁷ 胡成建，關聯交易中股權和債權的顯性保護與隱性衝突，中國工商管理研究，2005年8月，90~95頁。

⁸ Robert Charles Clark著，Corporate Law，胡平等譯，北京工商出版社，1999年1月第1版，130頁。

間的交易；第二、公司與其董事或重要職員在其中有直接或間接重大財務利益的商業組織實體間的交易；第三、從屬公司與控制公司間的交易；第四、有共同或連鎖董事或重要職員之公司間之交易。Clark教授認為自我交易（Self-dealing）的發生具備三個要件：第一、在相關公司與第三方之間存在交易；第二、某個人（或群體）對相關公司採取的行動具有決策影響力。這有影響力的人通常是公司董事、高階經理人或有控制權之股東（通常統稱為內部人）；第三、對這有影響力的個人或群體而言，如果交易或是交易的附帶結果對第三方而非對公司或投資人更有力，則這些內部人就會從第三方的收益中獲得更大的私人利益。這三項要件充分體現交易主體間權益的相關性及可能之影響力，可以與關聯交易主體之間的關聯性判斷互相參照。

二、利害衝突與權益移轉

此項「利害衝突與權益移轉」是關聯交易最為重要之特徵。任何一個具體之關聯交易，均在關聯方之間或關聯方與其權益代表（即內部人）間，存在利害衝突並在關聯方之間產生了權益的移轉。關聯方之間或關聯方與其權益代表（即內部人）之間經常存在這種利害衝突。當一個人代表另一個人進行法律行為時，若他於接受委託時或事後代表第三人之利益或個人與之有重大的個人利益，則此種利益的存在可能產生實質危險。在此種情形下，他即處在本身利益與所代表人之利益互相衝突之情形，則極可能不為他所代表之人之最大利益服務，而僅以本身之利益為出發點考量，此即為「利害衝突」。關聯性必然導致此種利害衝突，且正是此種利害衝突，使得不公平的關聯交易具備了原動力及可能性，從而也具有對交易之一方不公平之極大可能性。

關聯交易作為一種交易主體間的市場行為，其目的及後果是產生權益在主體間的移轉。權益移轉的基礎可能是公平的市場行為，即依據契約關係等，使權益因對價的支付而移轉；也可能並非公平的市場行為，即沒有在對價的基礎上進行權益的移轉，常見的非常規關聯交易即是沒有對價或對價不相當之交易，但並不影響權益移轉至交易主體另一方之事實。存在權益移轉是關聯交易之本質，如未

發生權益之移轉，相關聯之交易主體間即不能構成關聯交易。⁹

三、具有非常規及不公平之潛在傾向

承前所述，關聯交易可分為「常規關聯交易」及「非常規關聯交易」，因此並非關聯交易均是不公平、不合營業常規的。但正因為交易主體權益上的關聯性，關聯交易因其關聯性而潛藏極易發生不公平結果之傾向，一旦具備主客觀條件又缺乏有效之法律規範，往往一個具體的關聯交易即可能偏向不公平、不合營業常規之邊緣。權益上的關聯性使得交易主體間極可能相互影響，而對權益最大化的追求又使得此種影響會朝著有利於一方主體或其利益同盟之方向發展。如此，非常規交易就具備了現實性，再加上有體制上基礎（獨立法人格及無良好之法律規制）作為保障，更可能實際發生關聯交易的不公平性、非常規性傾向。例如：在交易一方為上市公司時，證券交易市場上強大的融資功能及便利的權益實現機制（變現機制），使得上市公司之非常規關聯交易層出不窮。現實生活中已經發生的上市公司醜聞，即是關聯交易所蘊含的此種非常規性傾向容易實際發生之最佳例證。

四、交易形式對實質公平

承前所述，關聯交易的形式類型多樣化，外觀上看起來如同一般的市場交易行為，且完全具備一般民商法規範所要求的交易合法要件，例如交易相對人之間地位平等、具有意思表示且具備法律要求的形式要件。但關聯交易最大特點，即關聯交易法律規範上之關鍵難處，在於關聯交易以外觀形式上的平等，掩蓋交易實質上的不對等，以形式上交易主體對自己權益的自由處分，掩蓋實質上對他方交易主體權益的強行損害。絕大多數之關聯交易之所謂合法形式是虛化的，關聯交易形式上之公平性是虛構的，並不具備真正市場交易所具有之公平性及客觀性。相反地，由於關聯交易主體間地位的不平等及真實交易意願的瑕疵，關聯交易往往是「形式上公平」同時伴隨「實質上不公平」（一般公司為了規避相關機關對關聯交易進行規範所採取的「關聯交易隱形化」，仍未改變其以一般市場

⁹ 李茂生、苑德軍主編，中國證券市場問題報告，中國社會科學出版社，2003年版，7頁。

交易形式掩蓋不公平交易的實質)。正因為關聯交易之形式上合法性，往往使得民法的一般性制度，對關聯交易之規範顯得無能為力，而需透過特別法之規定，以達到建構預防、審查、調整非常規關聯交易及救濟途徑的法律規範體系¹⁰。



¹⁰ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社 2006 年 12 月，92~95 頁。

第四章 中國大陸非常規關聯交易之特殊背景

第一節 中國大陸公司關聯企業發展之特殊背景

在資本主義市場，關聯企業之形成多透過轉投資(資本投入)方式取得內部增長，或以企業併購、契約機制及其他手段取得外部擴展，但中國大陸關聯企業的歷史發展，在進入前揭方式前還歷經與一般資本主義市場不同之特殊階段。

中國大陸自 1952 年開始以蘇聯的經濟體制為模型，建立集中型的計畫經濟體制，由中央統籌分配人力、物力、財力，企業隸屬於行政部門，由中央機關以行政手段直接進行管理的計畫經濟。在此種經濟體制下，企業成了行政機關之附屬物，企業是依照地區、部門由各級政府直接管理，企業之間卻缺乏橫向聯繫，並無產生企業集團之環境。但到 1979 年中國大陸第十一屆三中全會後開始經濟體制改革，促使企業集團的誕生。1980 年 7 月 1 日公布《關於推動經濟聯合的暫行規定》，指出「組建各種形式的經濟聯合體是調整好國民經濟和進一步改革經濟體制的需要」。1984 年 5 月 10 日發布了《關於進一步擴大國營工業企業自主權的暫行規定》進一步規定：「在不改變企業所有權形式、不改變隸屬關係、不改變財政體制的情況下，企業有權參與或組織跨部門、跨地區的聯合經營。並在 1987 年 12 月 16 日頒布了《關於組建和發展企業集團的幾點意見》，這是中國大陸第一個關於企業集團的專門性政策檔案。1988 年 12 月，中國大陸國家體改委印發了《企業集團組織與管理座談會紀要》要求企業集團必需具備以下四個特徵：(一)企業集團要有多層次的組織結構，一般應包括四個層次 集團核心、緊密層、半緊密層、鬆散層。(二)企業集團內部要有一定的聯繫紐帶(資產紐帶及合同紐帶)(三)企業集團要有一個能起主導作用的核心企業，需具有統一的發展戰略和發展規劃，必須具有投資中心功能。(四)企業集團的核心企業與成員企業各自都是獨立的法人。依照此一精神，中國大陸國家計委、國家體改委和國務院生產辦提出了《關於選擇一批大型企業集團進行試點的請示》。經中國大陸國務院批准，第一批先選擇 55 個企業集團(主要由關係國計民生、對國民經濟建設、創造出口外匯有重要地位的生產型企業為核心)進行試驗。因此在此階段及此階段以前，大陸的企業集團多是由大陸政府刻意培育出來，並非企業主體以其自由意志透過資本

參與、企業併購、契約機制等方式而產生。

然而中國大陸企業集團經過 10 餘年的發展，至 90 年代在數量上迅速發展，亦有不少企業到境外上市(例如東方電子集團、渤海化工集團、南方航空公司、東北電力集團等)¹，近來隨著中國證券市場的誕生開始，中國大陸資本市場上透過併購和股權轉讓之方式形成關聯企業已趨於成熟，亦在某些地方已立法承認合同型關聯企業。例如深圳市人民政府 1993 年 6 月 26 日第 56 次常務會議通過並於同年 10 月 9 日發布之《深圳經濟特區企業集團暫行規定》即規定：企業集團內部各企業之間既可以以產權關係又可以合同關係相維繫，且具體規定，核心企業經其子公司股東大會或全體股東特別決議通過，可與子公司簽訂支配性合同，直接行使原應由子公司行使的部份權力，且規定企業集團名稱應符合《企業名稱登記管理規定》的要求，並標明「企業集團」或「集團」字樣。

此外，行政劃歸和國有資產授權經營形成控制關係。這是擁有國有企業的國家所特有之現象，更是中國大陸特殊現象。為了增加經濟規模效應及在短期內建立公司集團，中國大陸以政府主管機關之指示，將一些國有企業劃歸核心企業管理，從而形成關聯企業。此種明顯行政色彩之形成方式，常有違當事方之意願，也不利於市場體制之完善，目前逐步由國有資產授權經營或其他組成企業集團之方式所取代。「國有資產授權經營」，即由國家將某一個或數個國有企業中的國有資產授權某一企業經營，獲得授權之企業成為控制企業，相對之企業即成為受控制企業。授權經營可分為二層涵義：一是國家授權國有獨資企業自主經營，另一是國家將一個企業資產授予另一個企業。中國大陸之新《公司法》刪除了原公司法「公司中的國有資產所有權屬於國家」(第 4 條第 3 項)之規定，並將原公司法「經營管理制度健全、經營狀況較好的大型國有獨資公司，可以由國務院授權行使資產所有者的權利」(第 72 條)修改為「國有獨資公司不設股東會。由國有資產監督管理機構行使股東會職權。」(第 67 條)。國有資產監督管理機構可以授權公司董事會行使股東會的部分職權，決定公司之重大事項，但關於公司之合併、分立、解散、發行公司債、增加或減少註冊資本，必須由國有資產監督管理機構決定。國有獨資公司合併、分割、解散、申請破產，應由國有資產監督管理機構審核後，報本級人民政府批准。

¹ 施天濤，關聯企業法律問題研究，法律出版社，1998 年 8 月，第 225~230 頁。

第二節 中國大陸上市公司濫用關聯交易之重要背景原因

承前所述，由於中國大陸之上市公司大多是國有企業改制而來，大多數上市公司都有一個投資關係非常明確的控股母公司(下稱「控制公司」)，且該控制公司所控制之子公司眾多。因中國大陸上市資格額度之限制及相關法規對公司股票上市財務標準之要求相當嚴格，造成公司上市之前需進行一系列的資產重組和包裝，由控制公司或控制公司所控制之其他子公司對該準備上市之公司進行「輸貢」，待該公司正式上市吸取投資大眾之資金後，再透過與控制公司或其他子公司之各種形式交易，將利益輸送回控制公司或集團內之其他子公司或集團外之特定公司。依照深圳證券交易所上市公司年度報告統計結果：2002年上市公司關聯交易總金額達2544.92億元，在510家上市公司中，有412家公司發生關聯交易，占上市公司總數的80.78%。在實證研究方面，樣本研究發現控股股東利用各種關聯交易在配股前隊上市公司進行「輸血」，配股後「抽血」之現象十分明顯，自1997年1月至2005年，中國大陸財政部、證監會與國家稅務總局就關聯交易問題發布近20項規定。然而，從「衣凱」、「德隆」、「稜光實業」到「ST達曼」，一系列給大陸投資者帶來數億甚至上百億以上損失之事件表明，上市公司之關聯交易問題仍未得到有效控制，此些案例表明僅靠政府監管政策仍無法有效抑制以關聯交易為特徵之中國上市公司治理問題。²總體而言，中國大陸上市公司非常規關聯交易之情形相當普遍且嚴重，因此極需予以全面規範。且大陸學者研究發現第一大股東持股比例越高的上市公司，關聯交易發生之金額與概率即越高。由於「一股獨大」、流通股與非流通股股東之利益分歧又相當一段時期內無法解決，尋找一種有效保護中小股東利益之機制即有迫切之需要³。

² 陳小悅，徐曉東，股權結構、企業績效與投資者利益保護，經濟研究，2001年，第11期，第3頁。

³ 陳曉，王琨，關聯交易、公司治理與國有股改革，當代會計評論，2005年，第2期
<http://gzxiangkai.blog.sohu.com/681598.html> (網站最後參訪日期：2008年5月1日)。



第五章 中國大陸非常規關聯交易之事前預防規範方式

僅管關聯交易存在第三章所述許多弊端及風險，只要此類關聯交易能公平、符合公司整體利益，並不損害非關聯企業的利益、從兼顧效率與公平觀點出發，即不應減少或禁止，而應以「規範非常規關聯交易」為重點建構關聯交易之法律規範。例如美國對關聯交易的法律規範，即歷經四個階段，由「絕對禁止」階段陸續發展為「准許進行公平且經無利害關係的大多數董事批准的關聯交易」、「准許進行法院認為公平的關聯交易」，最後至「准許進行公平的或經適當告知的且經大多數股東批准的關聯交易，並免除對其合同條款的公平性進行司法審查」階段。現在各國一般亦多是針對關聯交易產生之弊端透過稅法、會計準則、公司法與證券法同時進行多面向合理引導，以期最大程度減少關聯交易之消極影響，並發揮其積極正面作用。對於非常規關聯交易之法律規範，各國一般採取四軌制同時進行規範：

其一是，透過稅法規範，對於關聯企業間有關收入、成本、費用與損益之攤計，如有以不合營業常規之安排，規避或減少納稅義務者，均予以追查稅收。主要建構在三個原則上：公平獨立核算原則、預先定價協定制度(Advance Pricing Agreement)及衡平課稅原則。例如台灣所得稅法第四十三條之一及營利事業所得稅查核準則增訂第 114 條之一、OECD 之「移轉定價指導方針」、美國內地稅法第 482 條即其施行細則第 1.482 條、中國大陸國家稅務總局印發之《關聯企業間業務往來稅務管理規程》等。

其二是，透過公司法規對關聯交易實施實質性之限制。依據關聯交易主體之不同，對自然人關聯交易和法人關聯交易為不同之規範。

對「自然人關聯交易」之規範主要包括：董事之忠誠義務、董事利害衝突交易之規範(一般對於董事與公司之交易設定條件，只有符合這些條件之交易始可有效成立)、關聯董事表決權迴避制度(限制關聯人對於利害衝突事項之表決權，當某一董事或股東與股東會之決議事項有特別利害關係時，均不得就其持有的股份行

使表決權。例如《上海證券交易所股票上市規則》規定了在發生關聯交易表決時，關聯董事和關聯股東均應迴避、歐洲共同體《第 5 號公司法指令草案》第 34 條規定下列事項應排除股東表決權：(一) 該股東責任的解除 (二) 公司可以對該股東行使的權利 (三) 免除該公司股東對公司所負的義務 (四) 批准公司與該股東之間訂立的協議。)等。

對「法人關聯交易」之規範主要在於保障相關債權人與中小股東之權益，至少有兩種立法模式：一種是以單個公司的獨立性做為立足點，站在規範單個公司內部法律關係的角度，透過具體的制度來規範關聯交易。另一種立法模式是站在公司間關係的角度來審視企業間之關聯交易¹。

其三是，透過證券法規對上市公司相關關聯交易進行規範：由於上市公司之非常規關聯交易所造成之影響深廣，因此證券法規主要是確立「充分之資訊揭露制度」及「獨立董事制度」。「資訊揭露制度」是指關聯交易的雙方必須就關聯交易的內容、數額、條件等簽訂關聯交易協議，且應當向股東或社會公眾披露該關聯協議內容。例如台灣之「發行人申請股票上市法律事項檢查表」即要求律師審核填報檢查表後，應就審核填報之結果出具適當之法律意見書，且法律意見書應揭露於公開說明書之特別記載事項。該檢查表第二十項即針對申請股票上市公司最近年度及截至申請時，關係人交易之交易程序是否依規定辦理、向關係人購買不動產涉有非常規交易者，是否已依「公開發行公司取得或處分資產處理準則」第十七條、「證券發行人財務報告編製準則」第六條、財務會計準則公報第六號「關係人交易之揭露」規定提報股東會及將交易詳細內容刊載於年報、公開說明書及財務報告中。中國大陸 2004 修訂之《上海證券交易所股票上市規則》第七章第三節亦對關聯交易的披露作了詳細規定、美國證券法之 S-K 規則第 404 條亦規定註冊發行股票之企業必須揭露關聯交易的有關內容。關於獨立董事制度，各國亦多所規定，例如：中國證監會發布的《關於上市公司建立獨立董事制度的指導意見》中即規定，獨立董事應當就重大關聯交易向董事會或股東大會發表獨立意見。

¹ 越旭東主編，《新舊公司法比較分析》，人民法院出版社，2005 年 12 月第 1 版，第 78 頁。但該書所提僅為雙軌制，即第二項及第三項，不含本文所提之稅法及會計準則規範。

其四是，透過會計準則對公司之關聯交易之揭露進行規範。

由於非常規關聯交易通常是採取規避法律的形式進行，往往是在合法的交易形式下進行不符合營業常規之交易。外觀形式上可能完全符合完成交易所要求之要件，例如標的、價金、數量、雙方意思表示一致、訂立書面契約等形式，因此規範非常規關聯交易有一定之難度。例如，由於交易價格的不正常高或不正常低才導致非常規交易的產生，因此法律規範之重點應在於交易的價格，但由於非常規關聯交易發生於關聯人內部而使彼此間的交易價格和真實意圖難以為外部人知悉，因此，法律僅能以「間接方式」規範關聯交易，透過「事前預防」、「事後審查」、「事後調整」及「予以救濟途徑」加以層層規範。

第一節 建構非常規關聯交易之預防機制

「事前預防」是減少及避免非常規關聯交易及詐欺性關聯交易最有效之途徑，以期儘可能將非常規關聯交易或潛在非常規傾向之交易於萌芽階段即予消滅。預防措施包括從公司內部的公司治理、強化關聯交易之訊息揭露制度，到外部的有效監督（包括改進公司上市輔導制度、實施預約訂價制度），而抽象的法制度則需由法規進一步具體體現。設計非常規交易之預防機制需注重權利與義務之平衡，並同時應結合法律強制規定與公司自治規範，以期達到有效預防非常規關聯交易又不會過度影響公司正常經營。

一、預防非常規交易需注重平衡權利與義務

董事、監察人、高階經理人對公司經營管理具有一定範圍之決策權，亦有從公司獲取報酬之權利。控制股東等其他實際控制人亦有從公司盈餘中受分派股息紅利並對公司營運之議案表決施加實質影響力之權利。鑑於義務是權利之對應，因此作為對公司具有實際影響力且擁有權利之關聯方，上述之董事、監察人、高階經理人、控制股東必須對公司負有誠信義務。一方面應促進公司權益，另一方面更不應利用其關聯關係去損害公司及其利益相關者的權益而從中獲取利益。由於董事、監察人、高階經理人、控制股東可能推動或批准公司之關聯交易，因此

他們參與公司的關聯交易或可能從中獲益時，即有義務事先對該關聯交易進行揭露有關訊息以便利害關係人對該交易進行監督，並在表決程序中予以迴避而不得參與表決，以防止其對關聯交易之表決過程施以不正當之影響力。只有權利與義務相互平衡，才能一方面保證董事、監察人、高階經理人、控制股東履行其職責之積極性，另一方面防止其濫用權利導致非常規關聯交易之發生。。

二、 預防非常規關聯交易應結合強制與自治

在自由經濟之體制下，經濟主體之行為本屬於自治行為，只有在涉及有危害社會公共利益及整體經濟秩序之虞時，法律始會加以訂定強制性規定，並予以積極介入。經濟主體間之交易行為通常情形下是自治行為，但因非常規關聯交易導致詐欺、不公平之可能且將造成巨大社會危害，強制性法律規範即成為預防關聯交易不良後果之強有力保障。從整體法律制度長遠來看，法律的強制規定有助於經濟主體自治之保證，而合理的經濟主體自治也有利於法律強制作用之發揮。在公司營運中，自治及強制二者乃相輔相成，對關聯交易之表決程序是自治，而其中對關聯方的表決迴避制度則是強制規定；董事、監察人、高階經理人、控制股東等關聯方的誠信義務是強制性，但其參與公司經營管理則是自治，法律不會加以過問；關聯交易的訊息揭露屬於強制揭露，但對於揭露之組織、內部審計及訊息保護之控制則透過自治實現，涉及重大關聯交易揭露內容時也可屬強制規範項目。²

公司章程之規定最能體現公司自治，而法律對章程之強制性要求則屬必須遵守而不得以自治之公司章程條款排除。例如英國在 1963 年公司法《COMPANIES ACT, 1963》內明訂，董事必須向董事會「揭露他對公司交易之利益性質，且公司章程不能排除此強制性要求。（原文：Duty of director to disclose his interest in contracts made by the company. 194. —(1) It shall be the duty of a director of a company who is in any way, whether directly or indirectly, interested in a contract or proposed contract with the company to declare the nature of his interest at a meeting of the directors of the company.）規範關聯交易應分多層次及多面向管理，並僅訂定規範之大方向，而不能鉅細靡遺的訂定強制性規範，否則所有交易均需在董事

² 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社 2006 年 12 月，96~98 頁。

會或股東會上揭露及表決，將會產生管理營運上的嚴重困難。因此規範關聯交易需要既能預防非常規關聯交易，又需能在一定程度上維護公司營運效率之需要。

第二節 完善公司治理結構體系

對預防非常規關聯交易的發生，公司內部治理結構是最基本之制度機制，亦是公司法的基本功能之一。相對於外部合理有效之監督制衡體系，公司內部完善之治理結構是規範非常規關聯交易之初步關鍵措施。同時建構內部與外部合理有效的監督制衡體系，均有助於建構預防非常規關聯交易之制度。

第一項 OECD 之公司治理準則

OECD 在 1999 年發布 **OECD Principles for Corporate Governance** (OECD 公司治理準則，下稱《公司治理準則》)，成為世界銀行 (World Bank) 和國際貨幣基金組織 (IMF)、金融穩定論壇以及各國政府(包括已開發國家及開發中國家)政策制定者、企業、投資人和其他利益相關者的一個國際性的基準，並成為衡量和評估企業乃至整個國家和地區公司治理水準的基本工具。《公司治理準則》制定出來後，OECD 並與世界各國的企業界、主管當局、學術界和其他利益相關方緊密合作，致力於將該準則內之原則付諸實施。

目前，在 OECD 及非 OECD 國家都在為改善公司治理制度，主動對法律和規章制定指導細節，以完善有關公司治理之規定，此《公司治理準則》於 2002 年重新審核並於 2004 年公布更符合現今經濟發展現狀之版本。雖然此《公司治理準則》無法根除犯罪行為，但是這些濫權行為卻會因為合乎本準則的規則和制度的採用而變得越來越困難。公司治理是改善經濟效率和增強投資者信心的一個關鍵性因素，涉及了整個有關公司董事會、經營管理層、股東、和其他利益相關者間之關係，也提供有助於確定公司發展目標、實現目標的手段、對執行過程的監控。此《公司治理準則》規範了有效的公司治理結構所要確保的基礎：股東的權

力和所有權作用的關鍵、股東的公平待遇、在公司治理中利益相關者的角色、資訊披露透明度及董事會的責任，亦為中國大陸法令規範關聯交易之準則依據。³

第二項 規範董事、監察人、高階經理人與公司之利害衝突

關聯交易之發生需有實際上之主體去介紹、推動、遊說並予以批准或決議，而當此一主體對公司之影響力越大時，關聯交易發生之機率就越大。非常規關聯交易的危害性在於利害衝突。如一方代表公司進行與自身有關之交易，極有可能無法以其所代表之公司之最大利益為考量，而僅考量自身之私人利益而造成嚴重之利害衝突，此情形主要發生在控制股東、董事、監察人及高階經理人。自2001年12月以來，美國安隆公司、世界通訊、默克藥廠等相繼爆發會計醜聞，其與公司之高階主管違反商業道德多有關係，使投資人權益大受影響，因此，在社會輿論壓力下，美國國會於2002年7月通過「企業改革法案」(The Sarbanes-Oxley Act of 2002)，於第406條要求公開發行公司應於定期報告中揭露是否對高階財務主管（包括財務長、審計長、會計長，或執行相同職務之人員）採行職業道德規範（Code of Ethics），尤其是當利益衝突時所採行之處理方式，以促進誠實及道德之行為。若公司未訂有高階主管之職業道德規範，需於報告中說明其原因。

其後，美國證券管理委員會於2003年1月公布之Final Rule（Release No.33-8177）中亦依前述「企業改革法案」第406條之規定，規範發行公司需於年報中揭露對高階主管（如執行長、財務長、會計長、主計長或執行相同職務之人員）是否訂有道德規範，否則需解釋未定規範之原因。美國三大交易所（NYSE、NASDAQ、AMEX）亦延續「企業改革法案」之精神，於其公司治理方案中規範上市公司必須採行並揭露其董事、高階主管等之企業行為與道德準則，董事、高階主管若有豁免前揭準則之情事，應立即揭露。OECD亦於2004年4月提出之公司治理原則（OECD Principles of Corporate Governance）研訂公司董事及高階主管

³ 陸一，尋找「平衡」的公司治理--超越「股東和管理層」，中國企業家，
<http://edu.cnele.com/manager/200605/286.html>（網站最後參訪日期2008年5月1日）。

應適用高道德標準⁴。於此潮流下，推動公司訂定道德行為準則，已成為推動公司治理制度之要項。

第一款 董事之誠信義務

董事與公司原是個別獨立之人格，藉由董事制度之設計，賦予董事會處理公司經營的權限，雖雙方無如信託契約管理信託財產之法律關係，但董事之角色對於處理公司事務而言，如同信託關係之受託人，是實質上之受託人地位，應比照英美法之衡平原則，在誠信關係的法理下，嚴格要求董事忠實地執行法律所授予的權限，為公司創造最大利益為目的，以防範董事藉其管理公司事務之優勢，滿足私人利益而侵害公司之行為。董事與公司間之交易行為，雖是關聯交易之典型，但並非必然導致董事違反忠實義務及濫用職權造成公司不利益之非常規關聯交易而需全面禁止之，係因董事身份之特殊性，有濫用職權而犧牲公司之可能性為人所疑慮，因此大多立法例採取董事事先報告交易內容、表決時予以迴避、經股東會承認、禁止雙方代理之方式從程序上進行規範，以期儘可能降低董事利害衝突所帶來之負面影響⁵。

一、日本

日本於 2005 年 7 月 26 日公布並於 2006 年 4 月開始施行之《公司法》，將過去一直分散在商法、有限公司法以及商法特例法中有關公司的法律規定匯總到一起成為一部法典，該《公司法》第 355 條規定董事之忠誠義務，「董事，需遵守法令以及公司章程及股東大會決議，並須為股份公司忠誠地履行其職務。」⁶在本次修法前，日本商法在第 265 條規範董事與公司間之交易行為，防止董事違悖職守，營造私欲，與公司間發生利益衝突之危險。該條第一項前段明文「董事...與公司為交易者，應取得董事會承認。」日本商法對董事與公司間之交易行為，採取原則禁止，例外取得董事會之承認者，則視為容許之行為，以確保企業的合理經營與交易之考量。以董事會之承認為公司與董事間交易之條件，是為防止利益衝突之發生，而賦予董事會全權判斷其交易之妥當與否，並衡量對公司之影響。

⁴ 劉紹樑，從莊子到安隆：A+公司治理，天下出版股份有限公司，2002 年 11 月，5~35 頁。

⁵ 趙冠璋，美國 2002 年沙氏法案之介紹與比較--以會計師執業為核心，法令月刊，第 56 卷第 11 期，第 45-69 頁。

⁶ 崔延花譯，日本公司法典，中國政法大學出版社，2006 年 1 月，1~7 頁、168 頁。

為確保董事會得以公正執行業務監察之權限，尤其是針對交易之對價關係等相關資料之公開則是重要依據，以使董事會判斷是否存有與公私利益相衝突之交易事實，因此日本商法同條第三項即明文規定與公司交易之董事，有應及時將該交易之重要事實報告董事會之義務。其次，就取得董事會之承認與否，關係到該董事與公司交易之效力。此效力在維持公司利益與保護交易安全之不同考量下，日本司法實務界之態度從二次大戰前後亦發生變化。於二次大戰前，舊法對董事與公司之交易是以監察人之承認為條件。因此，在二次大戰前，無監察人承認之董事與公司間交易，日本最高法院之態度幾乎均認定是無效之交易行為。但隨著時代變遷，西元 1965 年起，日本最高法院之態度逐漸改採「相對無效說」，認為董事與公司間之交易行為，原則上是無效的，但就其交易之善意關係人，公司不得以其無效對抗之，以兼顧交易安全的社會秩序。尤其於昭和 43 年 12 月 25 日最高法院在三榮電器事件判決中表示：「公司若無法證明公司為董事而締結連帶保證債務之交易相對人係惡意者，不得因其無董事會之承認而主張該交易行為無效。」日本商法第 265 條第一項規範公司與董事間之交易行為，明文規定「董事受讓公司的產品或其他財產時，或是對公司讓與自己的產品或其他財產時，或是從公司取得金錢上的借貸時，或是其他，不論是為自己或為他人，而與公司交易者，應取得董事會的承認。公司為董事而保證其債務時，或是其他，而與董事以外之人交易，致生公司與董事間之利益衝突時，亦同。」本條涵蓋直接交易與間接交易，且日本司法實務藉由利害衝突之概念，不斷擴大適用公司與董事間之交易範圍，使得本條規範董事與公司間交易而致生利益衝突的判斷基準，取決於實質上利害對立之概念，例如董事持股過半數的公司與公司間之交易（東海壓延鋼業事件）、公司為董事之妻的保證行為（丸三金屬事件）等等，也應當屬於間接交易之範圍，以免董事利用法律漏洞規避相關規範⁷。

二、 台灣規定

台灣法制上原本並未明文規範董事有忠實義務，有認為忠實義務係委任義務的具體化，亦有認為忠實義務與委任義務概念上並不相容。在公司法修法後於第 23 條第 1 項規定「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。公司負責人對於公司業務之執行，如

⁷ 廖大穎，公司制度與企業金融之法理，元照出版，2003 年 3 月，60~63 頁。

有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。」，於企業購併法第 5 條亦有類似明文（公司依本法為併購決議時，董事會應為全體股東之最大利益行之，並應以善良管理人之注意，處理併購事宜。）。此外，台灣公司法亦明文承認公司與董事應有一定程度的利害衝突禁止原則，如董事競業禁止之義務（公司法第 209 條，董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。股東會為前項許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。）、表決迴避（公司法第 206 條準用第 178 條，董事對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理其他董事行使其表決權。）、董事自己交易禁止之義務（公司法第 223 條，董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表）等等，均屬董事忠實義務之落實。雖相較於英美法有關董事忠實義務之規範仍然不完備，多半只能類推競業禁止的規定來處理，但公司法修法後，至少有明文規定公司負責人，應有忠實執行業務之忠實義務，且在違反該義務致公司受有損害時，即可逕依第 193 條之規定，認為董事之行為違反法令之規定，而應對公司負損害賠償責任。⁸

此外，為導引台灣上市上櫃公司董事、監察人及經理人（包括總經理及相當等級者、副總經理及相當等級者、協理及相當等級者、財務部門主管、會計部門主管、以及其他有為公司管理事務及簽名權利之人）之行為符合道德標準，並使公司之客戶、供應商、外部其他人士等利害關係人更加瞭解公司道德標準，台灣財政部證券暨期貨管理委員會公司治理推動小組參酌美國證券管理委員會之 Final Rule 以及 Final NYSE Corporate Governance Rules 中，關於道德行為準則（Code of Ethics）規範之相關內容，訂定「上市上櫃公司訂定道德行為準則」，並建議各上市上櫃公司參酌後自行訂定切合其自身需要之相關道德行為準則。

各公司所適用之道德行為準則可各依各公司之文化、需求、產業類別個別狀況與需要訂定其道德行為準則條款、遵循程序和違反準則時之懲戒措施等，並鼓勵公司採行更廣泛周延之道德行為準則，對於不同的經理人得分別訂定不同的道德行為準則。各上市上櫃公司考量其個別狀況與需要所訂定之道德行為準則，至少應包括下列八項內容，其中二項即為「防止利益衝突」及「避免圖私利之機會」。

⁸ 陳聰富主持，曾宛如報告，董事忠實義務之內涵及適用疑義 — 評析新修正公司法第二十三條第一項：民法研究會第三十次學術研討會紀錄，法學叢刊 48 卷 2 期（2003 年 4 月），95~97 頁。

例如，當公司董事、監察人或經理人無法以客觀及有效率的方式處理公務時，或是基於其在公司擔任之職位而使得其自身、配偶、父母、子女或三親等以內之親屬獲致不當利益。公司應特別注意與前述人員所屬之關係企業資金貸與或為其提供保證、重大資產交易、進（銷）貨往來之情事。公司應該制定防止利益衝突之政策，並提供適當管道供董事、監察人或經理人主動說明其與公司有無潛在之利益衝突。

此外，公司應避免董事、監察人或經理人為下列事項：一、透過使用公司財產、資訊或藉由職務之便而有圖私利之機會；二、透過使用公司財產、資訊或藉由職務之便以獲取私利；三、與公司競爭。當公司有獲利機會時，董事、監察人或經理人有責任增加公司所能獲取之正當合法利益。且該準則規定公司內部應加強宣導道德觀念，並鼓勵員工於懷疑或發現有違反法令規章或道德行為準則之行為時，向監察人、經理人、內部稽核主管或其他適當人員呈報。為了鼓勵員工呈報違法情事，公司宜訂定相關之流程或機制，並讓員工知悉公司將盡全力保護呈報者的安全，使其免於遭受報復。而當董事、監察人或經理人有違反道德行為準則之情形時，公司應依據其於道德行為準則訂定之懲戒措施處理之，且即時於公開資訊觀測站揭露違反道德行為準則人員之職稱、姓名、違反日期、違反事由、違反準則及處理情形等資訊。公司並宜制定相關申訴制度，提供違反道德行為準則者救濟之途徑。公司所訂定之道德行為準則中須規定，豁免董事、監察人或經理人遵循公司之道德行為準則，必須經由董事會決議通過，且即時於公開資訊觀測站揭露允許豁免人員之職稱、姓名、董事會通過豁免之日期、豁免適用之期間、豁免適用之原因及豁免適用之準則等資訊，俾利股東評估董事會所為之決議是否適當，以抑制任意或可疑的豁免遵循準則之情形發生，並確保任何豁免遵循準則之情形均有適當的控管機制，以保護公司。各上市上櫃公司之道德行為準則應經董事會通過後施行，並送各監察人及提報股東會，且應於年報、公開說明書及公開資訊觀測站揭露其所訂定之道德行為準則。⁹

三、 中國大陸規定

中國大陸新《公司法》第 148 條第一項規定：「董事、監事、高級管理人員

⁹ 「上市上櫃公司訂定道德行為準則參考範例」修正總說明，2004 年 11 月 11 日。

應當遵守法律、行政法規和公司章程，對公司負有忠實義務和勤勉義務。」此規定確立了董事、監察人及高階經理人之誠信義務，給予董事、監事、高級管理人員應避免利害衝突之明確基礎規範，並於**同法第 21 條**第一項專門從關聯交易之角度出發規定：「公司的控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員不得利用其關聯關係損害公司利益。」明確禁止董事、監察人及高階經理人濫用其關聯關係，禁止非常規關聯交易，且於**第 148 條第二項及第 149 條第一項**分別規定：「董事、監事、高級管理人員不得利用職權收受賄賂或者其他非法收入，不得侵佔公司的財產。」「董事、高級管理人員不得有下列行為：（一）挪用公司資金；...；（三）違反公司章程的規定，未經股東會、股東大會或者董事會同意，將公司資金借貸給他人或者以公司財產為他人提供擔保；（四）違反公司章程的規定或者未經股東會、股東大會同意，與本公司訂立合同或者進行交易；（五）未經股東會或者股東大會同意，利用職務便利為自己或者他人謀取屬於公司的商業機會，自營或者為他人經營與所任職公司同類的業務；...；（七）擅自披露公司秘密；（八）違反對公司忠實義務的其他行為。」以列舉方式明確規範董事、監察人及高階經理人之禁止行為。

新《公司法》第 116 條則針對股份有限公司規定：「公司不得直接或者通過子公司向董事、監事、高級管理人員提供借款。」亦在**新《公司法》第 125 條**規定：「上市公司董事與董事會會議決議事項所涉及的企業有關聯關係的，不得對該項決議行使表決權，也不得代理其他董事行使表決權。該董事會會議由過半數的無關聯關係董事出席即可舉行，董事會會議所作決議須經無關聯關係董事過半數通過。出席董事會的無關聯關係董事人數不足三人的，應將該事項提交上市公司股東大會審議。」從上述條文可知中國大陸亦如同其他立法例未全面禁止董事關聯交易，而是明確排除某些特定交易，針對未被排除之交易採用有條件許可，如董事就該關聯交易進行表決時予以迴避，不參與表決，並經由股東會予以審慎討論才表決通過之關聯交易，以降低董事對該關聯交易之影響力。¹⁰

此外，2006 年 5 月新修訂之《深圳證券交易所股票上市規則》第 10.2.3 條如同新《公司法》第 116 條明定：「公司不得直接或者通過子公司向董事、監事、高級管理人員提供借款」，第 10.2.1 條亦規定「I.上市公司董事會審議關聯交易事項時，關聯董事應當迴避表決，也不得代理其他董事行使表決權。該董事會會

¹⁰ 施天濤，新公司法是非評說：八、二分功過，月旦民商法雜誌，第 11 期，2006 年 3 月，10~15 頁。

議由過半數的非關聯董事出席即可舉行，董事會會議所做決議須經非關聯董事過半數通過。出席董事會的非關聯董事人數不足三人的，上市公司應當將該交易提交股東大會審議。II.前款所稱關聯董事包括下列董事或者具有下列情形之一的董事：（一）交易對方；（二）在交易對方任職，或在能直接或間接控制該交易對方的法人單位元或者該交易對方直接或間接控制的法人單位任職的；（三）擁有交易對方的直接或間接控制權的；（四）交易對方或者其直接或間接控制人的關係密切的家庭成員（具體範圍參見本規則 10.1.5 條第（四）項的規定）；（五）交易對方或者其直接或間接控制人的董事、監事和高級管理人員的關係密切的家庭成員（具體範圍參見本規則 10.1.5 條第（四）項的規定）；（六）中國證監會、本所或上市公司認定的因其他原因使其獨立的商業判斷可能受到影響的人士。」

11

四、小評

台灣公司法第 23 條第 1 項或中國大陸新《公司法》第 148 條第一項均引進英美法上之董事忠實義務以強化董事之義務內涵，但在一個沒有英美法背景的社會環境如何適用此條文，實有相當之困難。首先，條文僅稱「忠實義務」，但在台灣或中國大陸法令上並不存在忠實義務之具體內容，公司或股東可否直接依本條主張董事利用公司資訊（如未上市上櫃公司之董事因得知公司有可能成為他公司成立金融控股公司吸收之對象，而於未上市盤商處或依股東名簿主動接觸其他小股東而買入公司股票）向其請求交付因此所得之利益，不無疑義。個人淺見以為如承審法官能依民法第 1 條將英美法之規定及英美法長期累積之判例視為法理，解釋此忠實義務之內容，以隨經濟與企業之環境與態樣之變化，充實此忠實義務之觀念，由兩岸司法實務不斷努力累積實際內涵，才能真正發揮兩岸公司法關於忠實義務規定之效益，防堵董事與公司間之非常規關聯交易。

第三項 確立控制股東（實際控制人）之誠信義務

除了前款所論及之董事及高階經理人，當一主體對公司之影響力越大時，關

¹¹ 深圳證券交易所<http://www.szse.cn/>（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

聯交易發生之機率就越大。依據公司法，公司是由股東出資設立的，股東按投入公司之出資額享有股東權，即依所持股份享有股東會之表決權，並依持有之股份比例分配公司利潤。股東所持有股數越多，在股東會上之表決權越多，所能指派之董事席次亦與持有股數成正比。當股東持有股數達到全部股份半數以上時，即享有對此公司之絕對控制權。因此，公司之事務實際是由擁有多數股份之股東所決定的，控制股東可透過在股東會行使表決權以決定決議方向，亦可透過指派之董事控制董事會。換言之，擁有多數股份之股東不僅支配自己之股權，且尚能透過董事會及股東會之表決機制，間接支配控制其他少數股東之股權。因此控制股東亦是極可能導致公司按其意圖進行關聯交易之主體，因此對「控制股東」之規範亦是預防非常規關聯交易之重點¹²。

第一款 控制股東之定義

早期公司法理論對控制股東主要是從資本控制的角度加以理解，並依據資本多數決原理，認為持股超過公司股本 50% 者便足以對所持股的公司施加支配性影響而成為公司之控制股東。但隨著股份有限公司（尤其是上市公司）中股權分散、股份頻繁流動以及投票信託制度之建立，公司的股東往往無需持有公司的絕對多數股份即可對公司的經營管理進行控制。控制股東對公司實施控制之方式有直接控制和間接控制兩種。現代一般認為對「控制」之理解應包括三項：一是要有支配公司之意思；二是對公司主要的經營活動實施控制，通常表現為對公司的重大經營決策施加影響或控制，以貫徹控制股東之經營戰略；三是對公司的控制是永久和強力的，有計劃且持續的，並非偶然而暫時的。這一標準稱為控制股東認定的實質標準。隨著實質標準的出現，學術界及實務界開始拋棄純粹的以持股數量來界定控制股東之標準，只要股東存在以下三種情況之一就可以被認定為是控制股東：一是持有公司半數以上的具有表決權的股份；二是可以決定董事會成員的組成；三是在具有控制和被控制關係的兩個公司中，如果該股東是這個控制公司的控制股東，那麼他當然成為被控制公司的控制股東。美國的《聯邦證券法典》對控制所下的定義為：直接或間接對公司的經營、策略、自然人的行為實施控制

¹² 習龍生，論控制股東的私益交易及其公平交易義務，中外法學 2005 年第 4 期，501~512 頁。

性影響的權利，不論這種權利的行使是通過對投票股份的擁有或通過其他中間人還是透過契約或其他的方式實現的¹³。

第二款 控制股東誠信義務的產生和發展

在英美法中，誠信義務（fiduciary duty）也稱信義義務、信託義務，通常是指公司的高級管理人員即董事及經理人對公司承擔的注意義務和忠誠義務。董事及經理人在公司的治理結構中掌握著廣泛的權力，其行為對公司具有較強的影響，法律規定其承擔誠信義務，以維護投資者利益，也是權力與責任相一致之體現。誠實信用原則是現代法律理論中的一項基本原則，是道德法律化的鮮明體現。從傳統公司法理論可以看出，其誠信義務並不涉及股東，在傳統的公司法中，股東不論大小，作為股份公司的出資人，共同享有資產收益、重大決策和選擇管理者等權利。但是隨著控制股東透過操縱股東會或其他途徑侵害少數股東利益案件的不斷發生，學術界及實務界逐漸開始將誠信義務的承擔主體從董事、經理擴展到控制股東。¹⁴由於控制股東是大股東，在股東會中享有多數表決權，往往可以通過行使股權、派遣董事、表決權代理、表決權信託以及控制契約等方式對公司經營管理為實質影響，因而控制股東應如同董事、經理一般對公司承擔誠信義務，以善意合理之心態對待經營管理公司之控制權。德國最高法院在 1976 年的一次判決中，第一次指出控制股東的誠信義務，控制股東如果利用自己的股權有實施控制、支配公司，損害其他股東利益的行為，實際上是典型的權利濫用，為此必須讓控制股東履行誠信義務，防止其濫用股東權利。

第三款 控制股東誠信義務的內容

控制股東之誠信義務源於控制股東對其控制權的行使。控制股東在行使股權時，應以誠信原則為基本要求，不得濫用控制權以損害中小股東的合法權益來獲得自身的私利。控制股東誠信義務包括注意義務和忠實義務，注意義務和忠實義

¹³ 張文魁，我國上市公司與控股母公司之間的自我交易和利益轉移，改革雜誌，2001 年 2 月，44~48 頁。

¹⁴ 施天濤，關聯企業法律問題研究，法律出版社，1998 年 8 月，186~195 頁。

務是緊密聯繫並相互依存的，如果將注意義務視為積極的為公司利益的作為義務，則忠實義務即是消極的不得損害公司利益的不作為義務。

1. 注意義務

控制股東的注意義務，是指控制股東在處理公司事務時，負有如同一個謹慎的人處於同等地位與情形下對其所經營的事項給予的注意一樣的謹慎義務。控制股東在經營時要與任何一個謹慎的人在同等情形下對其所經營的事項給予的注意一樣，不得損害中小股東的利益。尤其在涉及到公司重大利益的變化(如公司控制權的變動)時，控制股東在轉讓控制權予第三人時，對公司、其他股東均負有注意義務。

在中國大陸目前資本市場中，大多數上市公司的主營業務都是從控制股東中分離出來的，存在著控制股東實際掌握上市公司經營權和控制權的現象。在中國大陸的公司治理結構中，承認並強調控制股東的注意義務具有重要意義。當控制股東轉讓股份超過一定份額的時候，要求控制股東盡到注意義務，防止收購方對公司的掠奪和對中小股東利益的侵害。例如：2001年ST長控(600137.SH)在控制股東變更時，由於未採取足夠的對中小股東的保護措施，致使公司被後來的控制股東四川泰港透過違法擔保而陷入困境，中小股東損失慘重。

2. 忠實義務

控制股東的忠實義務，是指控制股東不得從事損害公司和其他中小股東利益的行為。控制股東在處理公司業務時，應以公司之利益為考量重點，不得將自身利益置於公司利益之上，不得與公司進行非法競爭、不得與公司從事自我交易、不得利用公司之財產、資訊及商業機會或洩漏公司營業秘密等。廣義而言，控制股東的忠實義務之對象包括公司、中小股東及對公司的利益相關者。美國法院的判決曾指出：「控制股東在表決中。在管理中應該全心地、真誠地、誠實地忠實於公司和公司最佳利益，必須忽略自己的個人利益¹⁵」。

在中國大陸上市公司之控制股東常發生以下各方面違反忠實義務之行為：

¹⁵ 習龍生，控制股東的義務和責任研究，法律出版社，2007年4月，99~113頁。

一、佔用上市公司資金：部分上市公司素質不高，由於缺乏優秀企業家和先進技術，企業經營沒有穩定的利潤增長點，此給控制股東抽取資金提供了客觀條件。曾被中國證監會通報批評的「三九醫藥股份有限公司」，包括控制股東之關聯方佔用上市公司資金超過了 25 億元，占公司淨資產 96%。此類案例在中國大陸已出現多起，至少有棱光、蘇三山、猴王、濟南輕騎、吉發等案件。其中「猴王股份有限公司」對其所屬猴王集團的應收帳款至少有 9 億元，外加擔保 3 億元。「東海股份」第二大股東農工商東海總公司欠了上市公司 5 億多元，其下屬的萬隆房地產公司欠了上市公司 6 億多元，因為無力支付所謂「資金佔用費」最終留下了 12 億元巨額債務。

二、虛假出資：虛假出資主要是指發起設立上市公司或者再融資時，控制股東名義上向上市公司投入了資本，實際上產權關係並未改變。近年來，中國國內證券市場出現了多起上市公司控制股東虛假出資之事件，嚴重損害了中小股東的利益，動搖了廣大投資者的信心。例如 ST 賽康 1998 年配股時控制股東的配股資金沒有到位，存在嚴重的虛假出資行為。

三、編造虛假檔案，欺詐上市：大慶聯誼、PT 紅光、東方鍋爐、綜藝股份等使用編造虛假檔、更改成立日期、虛增利潤、資產等違法違規行為，以到達上市的目的。

四、違規擔保：在中國大陸證券市場中，因為受控制股東操縱為其擔保而使公司陷入業績危機的例子不在少數，三峽水利、白雲山、ST 瓊華僑等都是典型。因違規擔保而聲名狼藉的 ST 啤酒花，該公司因為違規擔保而虧損 12.15 億元，每股淨虧損 3.304 元。

五、濫用關聯交易：在控制股東和上市公司之間以關聯交易進行利益輸送。

由於表決權行使之絕對自由思想，控制股東行使表決權極易完全僅考量自身利益，而不會慮及其他股東和公司之利益，在此情況下，由控制股東就公司議題所做出之決議，即使對中小股東造成經濟上之不利，仍對中小股東產生拘束力，因此應制約控制股東濫用其權利，使其對中小股東履行誠信義務，並給予受侵害

之中小股東法律上之保障與救濟途徑。¹⁶各國作法不一：

一、德國

德國法院在受理中小股東就股東大會決議效力訴訟案中，援引《德國民法典》第 138 條和第 826 條關於違反善良風俗之規定，對資本多數決之濫用進行干預，並以「因多數派股東之榨取損害了少數派股東，屬違反善良風俗」而認定股東會決議無效。

二、日本

在日本學術界，通說認為公司股東在行使表決權時不得逾越一定界線。如多數派股東（即「控制股東」）濫用權利損害少數派股東及公司利益，即依據民法禁止權利濫用之規定否認控制股東此種權利之行使，據此做出之股東會決議應為無效或可撤銷。

三、法國

法國適用「權利濫用」理論著眼於股東會決議之效力。如公司股東會決議之目的僅在於侵害少數派股東以圖利控制股東，則該決議依照「權利濫用理論」應宣佈無效。

四、英國

英國 1985 年《公司法》第 9 條規定，當股東會變更公司章程時，必須為了公司之整體利益而善意行使。換言之，控制股東不得以不公正歧視少數股東之方式行使其權利，股東會之權利是為公司的整體利益而被賦予的，而非為控制股東之利益而賦予的。當「理性人」依其理智判斷控制股東之行為並非追求此種利益時，該股東會決議應當以欺詐為由，予以撤銷。

五、美國

美國公司法普遍接受之理論是信任義務理論。依據該理論，當控制股東就需股東會決議之事務投票時，便負有信任或信託義務（fiduciary duty）。且尤其是在

¹⁶ 朱慈蘊，資本多數決原則與控制股東的誠信義務，中國法學網，http://www.honglaw.com.cn/Article_Show.asp?ArticleID=15658（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

公司進行併購時更富有該義務。

六、台灣

台灣公司法第 178 條規定「股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，並不得代理他股東行使其表決權。」，以防止利害衝突，更於公司法關係企業專章第 369 之 4 條第一、二項、369 之 5 條及第 369 之 7 條分別規定「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。控制公司負責人使從屬公司為前項之經營者，應與控制公司就前項損害負連帶賠償責任。」、「控制公司使從屬公司為前條第一項之經營，致他從屬公司受有利益，受有利益之該他從屬公司於其所受利益限度內，就控制公司依前條規定應負之賠償，負連帶責任。」、「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營者，如控制公司對從屬公司有債權，在控制公司對從屬公司應負擔之損害賠償限度內，不得主張抵銷。前項債權無論有無別除權或優先權，於從屬公司依破產法之規定為破產或和解，或依本法之規定為重整或特別清算時，應次於從屬公司之其他債權受清償。」¹⁷以規範控制公司使從屬公司為不合營業常規之經營時所需負之責任。但台灣司法實務上對關係人交易利益輸送的爭議問題，或由於行為主體的限制，或係構成要件過於簡略，常在利益輸送實際案例背後因控制股東實際上在各關係公司並不擔任負責人之職位，而常發生難以適用現行相關法律予以規範之問題。¹⁸

第四款 中國大陸控制股東透過關聯交易違反誠信義務之實際案例

近十年來，由於中國大陸上市公司股權結構的特殊性，「一股獨大」使得中國大陸上市公司之控制股東因對公司享有無必要制衡的控制權，無視被控制公司的獨立地位、獨立人格而違法操作，加上公司治理不完善、行政機關監管滯後，控制股東恣意侵害少數股東及被控制公司之合法利益案件層出不窮，遠的如已經退市的PT粵金曼，從 1996 年開始，粵金曼被其控制股東金曼控股集團長期挪用資金達 10.1253 億元，從而使「世界鰻王」走上末路。當年的ST東海被第二大股

¹⁷ 洪貴參，關係企業法理論與實務，元照出版公司，1999 年 3 月，221~229 頁。

¹⁸ 劉連煜，關係人交易與控制股東之義務，月旦法學雜誌，116 期，2005 年 1 月，223~237 頁。

東農工商東海總公司及其下屬的萬隆房地產公司挪走 12.18 億。而近幾年來，上市公司資金被控制股東以各種手法佔用的案例仍不勝枚舉——四砂股份、ST¹⁹興業、ST猴王、ST棱光、ST輕騎、通化金馬、廈門機場、廈門信達、望春花、美爾雅、金花股份、大慶聯誼、三九醫藥、北大科技、三峽水利——等等，在控制股東們佔用上市公司資金上，可謂是八仙過海，各顯神通。無論何者，均是控制股東把中國大陸上市公司當作提款機或搖錢樹之實際案例，以下概略簡介其中幾個案例：²⁰

一、ST 猴王案：

猴王案是一個典型的因母公司破產而導致子公司面臨破產危險的連環案件。2001 年 1 月 18 日，嚴重的資產不抵負債的猴王集團向宜昌中級人民法院提出破產申請，該院裁定猴王集團破產並予以公告。由於猴王集團的破產使得上市公司猴王股份有限公司（證券代碼：000535，證券簡稱：ST猴王，下稱「ST猴王」）

¹⁹「ST」是Special Treatment的縮寫，意思為特別處理。據《上海證券交易所股票上市規則》和《深圳證券交易所股票上市規則》之規定，上市公司出現財務狀況異常或者其他異常情況，導致其股票存在被終止上市的風險，或者投資者難以判斷公司前景，投資權益可能受到損害的，交易所將對該公司股票交易實行特別處理。1998 年 4 月 28 日遼物資成為第一家被特別處理的上市公司。特別處理分兩種：「退市風險警示特別處理」和「其他特別處理」，被退市風險警示特別處理的股票，其證券簡稱前冠以「*ST」字樣，被其他特別處理的股票，其證券簡稱前冠以「ST」字樣，二者股票報價的日漲跌幅限制均為 5%。

上市公司出現以下情形之一，其股票交易將「被實行其他特別處理」：

- 最近一個會計年度的審計結果顯示其股東權益為負
- 最近一個會計年度的財務會計報告被註冊會計師出具無法表示意見或否定意見的審計報告
- 申請並獲准撤銷退市風險警示特別處理的公司，其最近一個會計年度的審計結果顯示主營業務未正常運營，或扣除非經常性損益後的淨利潤為負值
- 由於自然災害、重大事故等導致公司主要經營設施被損毀，公司生產經營活動受到嚴重影響且預計在三個月以內不能恢復正常
- 公司主要銀行帳號被凍結
- 公司董事會無法正常召開會議並形成董事會決議
- 中國證監會根據《證券發行上市保薦制度暫行辦法》第七十一條，要求證券交易所對公司的股票交易實行特別提示

中國證監會或證券交易所認定為狀況異常的其他情形

²⁰ 彭雅清編輯，股市「惡東」，管理論壇，

http://www.onlyit.cn/mba_article/at_m/at_m_00994_202.htm

對猴王集團之應收帳款 5.9 億元無法收回，而且還必須承擔為猴王集團的 2 億多元之貸款保證，這使得原本就經營不佳的猴王股份有限公司更難生存，於同年 3 月 22 日，遭其三大債權人華融、信達資產管理公司和工商銀行營業部向湖北省高級人民法院申請ST猴王破產²¹。據初步計算，猴王集團透過編造虛假利潤、製造虛假資產、披露虛假資訊、違規擔保貸款從ST猴王「提走」之資金高達 13 億元人民幣，其主要「提款」手法至少有：以ST猴王名義貸款 3.6 億元，再直接從ST猴王兩次融資 2.4 億元中提走 70%左右的現金。並以ST猴王此上市公司這塊金字招牌提供擔保為猴王集團融資不少於 3 億元，並以垃圾資產沖抵數億元應收帳款等等手段。

1. 編制虛假利潤

為了使 ST 猴王能配股，猴王集團開始編造虛假利潤。從 1995 年開始，五年中猴王集團每年都付給受其控制之上市公司「猴王股份公司」（三、四千萬元不等的資金佔用費，總額高達 1.9 億元，而這幾年 ST 猴王的帳面淨利潤總額只有 1.5 億元。不過，這筆資金佔用費一直是以掛帳的方式進行會計處理。

在 ST 猴王經營急劇下滑的 1997 年，為了能夠擠上增發 B 股的班車，利潤作假更達到極點。在向猴王集團收取資金佔用費的基礎上，猴王股份公司又把自己的原值不過 3500 萬元的兩處房屋以高達 2000 萬元的年租金租給集團。1998 年，ST 猴王 0.13 元每股收益中竟然有 0.12 元是靠「出租」所得。2000 年 6 月 15 日，ST 猴王公布的一份報告顯示，ST 猴王對集團的應收款至少有 8.9 億元，擔保至少 3 億元。其中對集團關聯交易就有掛帳 45111 萬元，這些掛帳相當部分用於虛增利潤。

2. 製造虛假資產

利潤虛假僅僅為再融資而吹出之泡泡，資產虛假則是ST猴王的致命缺陷。依照猴王集團破產資產的去向清楚地表明：直至 2000 年中期，ST猴王一直沒有自己的資產。ST猴王的資產是 2000 年市政府下文後才劃到其名下的，此前所有權一直屬於猴王集團。²²

²¹ 記者呂鵬、江時強，華融等債權人向湖北高院申請ST猴王破產還債，人民網 <http://202.99.23.223/BIG5/jinji/31/179/20010322/423533.html>，2001 年 3 月 22 日。

²² 李清理，對不規範運作典型ST猴王的剖析，中國人民大學金融與證券研究所網站

3. 資金佔用

猴王集團除向 ST 猴王欠錢不還，造成無法收回對猴王集團之應收帳款 5.9 億元。從猴王股份 2000 年中報披露的財務資料可以看出，載至 2000 年 6 月 30 日，猴王集團佔有猴王股份的資金達到 5.92 億元，其中應收帳款 4029 萬元，其他應收帳款 5.50 億元，占猴王股份總資產的 68.12%。

4. 違規擔保貸款

由於上市公司可通過股票市場進行低成本融資，且由於信譽較好，相對於未上市公司比較容易從銀行獲得貸款信貸資金，因此即成為控制股東的融資窗口及提款機。

1996 年猴王集團為了在股票市場上獲取暴利，從 ST 猴王支取的股票投資保證金高達 9556.56 萬元，累計虧損超過 5 億元，但 ST 猴王一直未對此事履行正常之披露義務。更還利用 ST 猴王之上市公司金字招牌向銀行擔保貸款。據有關媒體披露，ST 猴王為猴王集團實際擔保貸款的金額高達 4.3 億元，其中進入訴訟程序的為 2.27 億元。這些或有負債目前已變成了 ST 猴王現實之負債，將為此付出沉重的代價。

5. 資產重組

目前母公司和上市公司之間進行資產重組和資產置換的事件時有發生，但大部重組是將母公司的優質資產注入到上市公司，將上市公司的不良資產剝離到控股公司。但是，猴王集團和 ST 猴王之間進行的資產重組是將母公司的不良資產虛估增值後再塞給上市公司，其目的是為了從上市公司高額套現。

1997 年 6 月，猴王集團公司將下屬猴王重慶電焊條廠、猴王長春電焊條廠、猴王集團上海焊材廠各 100%、猴王蕪湖電焊條廠 70%、猴王上海七寶電焊條廠 67%、猴王石家莊電焊條廠 65%、猴王哈爾濱電焊條廠 60%、猴王綿陽電焊條廠 55%、猴王昆明電焊條廠 51%、上海恒大特種焊條廠 51%、猴王洪山電焊條廠 50% 的股權注入猴王股份，除猴王哈爾濱電焊條廠收購價為雙方協議價 3000 萬元外，其他 10 家焊條廠收購價以湖北會計師事務所（96）鄂會師內評資字第 297 號評

http://www.fsi.com.cn/case500/view504/504_0111/view06.htm，2001 年 11 月 6 日。

估報告的評估結果為準，合計收購價為 2.2 億元。前後花費 ST 猴王 4 億元、歷時三年向猴王集團收購的 11 家焊材焊條廠的併購案不過是用一堆「垃圾資產」充抵猴王集團巨額應收帳款、套取上市公司巨額現金的手段。即便如此，這些企業事實上根本就沒有過戶到股份公司名下。如此動作以後，「收購」來的部分資產轉手又租給猴王集團經營，繼續貢獻 ST 猴王的虛假利潤。猴王主營的焊條、焊絲業務不是高利潤的產業，通過這樣的數字遊戲才保住了配股資格。

導致 ST 猴王無處不在的弄虛作假與層出不窮的不正當關聯交易的根本原因正是其「公司治理結構極不健全」及「控股股東違反誠信義務」。從 1993 年底包裝上市以來長達 7 年的經營當中，ST 猴王與控制股東猴王集團在人員、資產、財務三個方面幾乎從未分開過。資料顯示，除了後期董事長缺位以外，ST 猴王就一直由猴王集團的董事長兼任，ST 猴王的高階管理人也都在猴王集團擁有高管頭銜；本該屬於自己獨立管理的職工勞動、人事同樣是掛靠在猴王集團，財務負責人共用一人，帳務各自獨立也就成為一句空話。

事實上，ST 猴王一直置《公司法》及中國證監會關於實施「三分開」的規定於不顧，我行我素。由於沒有與控制股東實現「三分開」，未形成獨立的法人財產權和人格化利益主體，ST 猴王最後只有淪為猴王集團的資本玩偶，逃不脫被「始亂終棄」之命運。在「三分不」格局下，ST 猴王公司治理結構形同虛設，對企業發展極為重要的公司董事會也流於形式。出現兩次未依法令進行之「罷免董事」事件後，連形同虛設的董事會也癱瘓了。ST 猴王的這種隨意罷免董事做法，不僅屬於嚴重違規行為，而且使得董事之間矛盾重重，最終導致公司董事會在長達 15 個月的時間內處於癱瘓狀態。ST 猴王把優質資產集中整合後包裝上市，本是一條富有中國特色的現代企業上市之路。但是，在上市後，ST 猴王不是考慮如何建立有效的公司治理結構，按照有關法規規範行事，反而是不斷違規運作，最終害及公司、中小股東及公司債權人。

二、中農資源案²³

²³ 李永強編輯，被指上市圈錢黑幕重重--中農資源股權被凍結，中國新聞網<http://www.enorth.com.cn>，2002 年 12 月 27 日。

中農資源是一家於 2000 年 12 月 22 日公開發行新股、2001 年 1 月 13 日正式上市的公司，註冊地在北京，而主要業務在江蘇。相關資料顯示，該公司是中國大陸商品種子量最大的生產企業，其控股的華墾物資公司是中國大陸全國農墾系統最大的農資供應單位，其化肥供應占中國大陸全國農墾系統進口量 80%。通過招股發行，中農資源共募集到約 4.88 億元資金。由於具有第一大股東中國農墾集團總公司和第二大股東江蘇省農墾集團有限公司這樣獨特的農墾背景，上市之初，投資者普遍對中農資源表示要決心做以高新農業技術為主導的種植、糧油加工及種業等充滿信心。

中農資源上市以後，不但招股項目多未投資，且募集資金中有 3 億元曾一度被挪作他用，中農資源實際上已經成為幕後控制人提款的資源，上市並沒有給中農資源帶來好運。從中農資源 2002 年前三季度的業績狀況看來，公司已經虧損 1494.32 萬元，公司稱，由於前三季度虧損數額較大，預計 2002 年第四季度及全年仍將發生較大虧損。經記者查閱中農資源 2000 年 12 月 20 日的招股說明書和 2001 年 1 月 13 日的上市公告書，其內容表明，中農資源承諾募集資金將分三年分別投資於「30 萬噸種子加工、農作物原種基地、種子銷售中心、廣西劍麻產業化、中墾鴛鴦產業化、天然香料加工」等六個項目。招股說明書表明，這些項目均是在 1998 年就已完成立項的成熟項目，募資的 6 個專案都有省以上政府批文，公司稱這些專案預計稅後內部收益率都在 15% 以上，專案全部建成後，可年增淨利潤 1.23 億元。但記者查閱中農資源第三季度報告，發現截至 2002 年 9 月 30 日，公司 4.88 億元募集資金中投入到各招股專案中的累計投入才達到 808.79 萬元，其中現金支出 790.63 萬元，全用於種子加工線項目。報告期內，公司將募集資金中的 12113.66 萬元用於流動資金周轉，另外還有尚未使用的募集資金 35924.71 萬元暫存於銀行中。

中農資源的問題浮出水面之後，市場較多的觀點均認為是中農資源第一大股東中國農墾在操縱上市公司並輸送利益予本身。市場之所以得出如此結論，主要是因為中農資源一直有一個離奇的債務關係——中國農墾欠神秘的北京裕盛隆科貿公司巨額債務，而裕盛隆又欠中國農墾原全資子公司、現中農資源控股子公司華墾國際（原名華墾物資公司）巨額債務。在這個債務關係中，公司第一大股東中國農墾之角色值得懷疑，市場流傳的普遍看法認為，裕盛隆正是中農資源向第一大股東間接提供資金的中間管道。在 2000 年 9 月和 11 月間，中農資源通過華墾控制的裕盛隆向大股東中國農墾集團提供 7000 萬元左右的借款。中國證券監

督管理委員會 2004 年 7 月 27 日證監罰字[2004]25 號行政處罰決定書第三點（中壘農業及相關人員）認定「三、控股子公司關聯交易未按規定及時披露：2002 年 4 月 23 日中農資源控股子公司華墾國際第一屆董事會第十六次會議上通過決議，向關聯企業宜昌嘉華置業有限公司宜昌專案提供 4 千萬元的借款，並分別於 2002 年 4 月和 5 月將該款項轉入該公司。2001 年 9 月 5 日，華墾國際與北京裕盛隆科貿有限公司（以下簡稱裕盛隆）簽訂金額為 10,075,000 元的貨物訂購合同，並向裕盛隆劃轉資金。上述關聯交易未按《上海證券交易所股票上市規則》之相關規定進行臨時公告。以上事實有相關董事會決議、記帳憑證、原始憑證、相關公司出具的說明材料、有關人員談話筆錄等在案佐證。」²⁴

三、民族化工案²⁵

民族化工是一家於 1996 年上市的老公司，其第一大股東為寧夏民族化工集團有限責任公司。上市後，民族化工先後在 1998 年和 2000 年實施了兩次 10 配 3 的配股方案，吸收資金超過 2.12 億元。

但是連續成功的吸收資金並未提升民族化工的盈利能力，公司配股募集到的資金未全用到招股項目上。2001 年 10 月，中國證監會對民族化工予以公開批評。證監會通過專項核查發現，截至 2001 年 6 月底民化集團佔用民族化工資金 2.8 億元，其中包括民族化工配股募集資金 7194 萬元。實際上，民族化工 2001 年僅對各種欠款補提壞帳準備就達到了 8370 萬元，甚至超過了同期公司在生產經營中形成的 7076 萬元的「正常虧損」。記者查閱公開信息，截至 2001 年底，民族化工對大股東的應收帳款為 1.13 億元，其他應收款 2.89 億元，大股東合計占款 3.02 億元。大股東大肆侵佔上市公司資金，而原來的配股募資專案卻被長期擱置。依照配股主承銷北京證券的回訪報告，截至 2001 年 12 月 31 日，民族化工 2000 年實施的 1.07 億配股資金中僅有 2512.85 萬元投入募資專案，8203.14 萬元尚未投入使用，占全部募集資金的 76.56%，這部分未投入使用的募集資金主要被民族化工集團佔用。

²⁴ 中國證券監督管理委員會 2004 年 7 月 27 日行政處罰決定書（中壘農業及相關人員）證監罰字[2004]25 號。

²⁵ 張旭東，證監會處罰「民族化工股份公司」違規行為，新華網 http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2001-11/27/content_135333.htm，2001 年 11 月 27 日（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

由於資金被大股東佔用嚴重，流動資金嚴重匱乏，民族化工公司經營幾度停電停產，公司業績於配股後開始「大變臉」，2000年末公司盈利2882.78萬元，2001年已經虧損1.97億元，2002年業績沒有止住下跌勢。中國證監會稱，上述資金佔用問題嚴重地侵害了廣大中小投資者的利益，直接威脅到上市公司的資產安全。對上述問題，民族化工董事會未依法履行職責，其原董事長石進儒和有關董事未勤勉盡責，嚴重違反了對上市公司及全體股東的誠信義務，屬重大失職行為，情節惡劣，應當予以譴責。

四、濟南輕騎案

「濟南輕騎」曾是股市上大名鼎鼎的上市公司，然而不幸的是上市之後，濟南輕騎就成了大股東「輕騎集團」的提款機。幾年內，輕騎集團透過讓濟南輕騎提供擔保及頻繁的關聯交易等方式，使濟南輕騎最終背上了幾十億的巨額債務，濟南輕騎如今已淪為股市上的ST一族。在此期間，輕騎集團信誓旦旦要歸還欠款，但是時至今日，這些巨額債務不但沒有償還，反而越積越多。截至2002年5月31日，公司應收輕騎集團及關聯公司往來款項總額為30億元，其中對輕騎集團之應收帳款款項即已達20億元²⁶。在監管部門的壓力下，輕騎集團多次制定了以部分資產償還的方案。1999年9月8日，輕騎集團擬將其「技術培訓中心」等兩項在建工程折價1.12億元抵償部分債務；2000年12月，輕騎集團擬以其持有的山東銀座商城股份公司的3000萬股股權折價4500萬元抵償部分債務；2001年初，輕騎集團擬將其持有的海南新大洲摩托車股份有限公司3570萬股法人股股權折價11067萬元抵償相應債務。但是由於輕騎集團無力向開發商繼續支付技術培訓中心的剩餘房款而被原開發商收回，以「技術培訓中心」在建工程抵債計畫告吹。而以銀座商城股權和新大洲股權還款的計畫則都是由於關聯單位涉訴，股權被法院凍結，不得不終止受讓。因三次還款未果，濟南輕騎公司再次將原已沖減輕騎集團應收帳款2億多元再調整回來，經濟集團的三次還款計畫最後均以流產而告終，造成濟南輕騎嚴重虧損。

第五款 中國大陸公司法對控制股東誠信義務之規範

²⁶ 特別策劃：濟南輕騎生死劫，<http://business.sohu.com/76/32/article210523276.shtml>，2003年6月27日（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

中國大陸原 1993 年《公司法》（下稱《原公司法》）法並未對控制股東應履行誠信義務加以規定：

一、原《公司法》第 97 條規定發起人（一般為控制股東）在發起設立時的責任和第 147 條規定發起人持有的公司股份，自公司成立之日起三年內不得轉讓的義務等作了一些規定，但這些規定顯然對約束控制股東及保護中小股東權益的作用相當有限。

二、為防止控制股東的權力濫用問題，原《公司法》第 110 條規定了股東享有查閱、建議、質詢的權利，第 111 條規定股東享有股東大會、董事會決議無效與撤銷的訴權。雖原《公司法》對董事、經理的任職資格及禁止行為均訂有強制性規定，但這些制度在控制股東的強權前顯得無力，根本無法有效制約控制股東濫用權力。原《公司法》中所規定的股東質詢權等權力也由於缺乏必要的法律程序條文而形同虛設。原《公司法》第 111 條對股東訴權作出了規定，但由於該法條抽象、簡單，在實際操作上實難有效地發揮救濟作用。

三、原《公司法》第 214 條第 2、第 3 款，乃涉及占用上市公司資金及上市公司為他人提供擔保問題的規定，設定的違法主體僅是上市公司的董事、經理，未涉及控股股東。如此造成即使控制股東占用上市公司資金或讓上市公司為控制股東提供了擔保，也無明確法律依據追究其責任。²⁷

鑒於控制股東誠信義務之重要性，在對上市公司之相關法令上已有對上市公司控制股東履行誠信義務做出規定，中國證監會和有權管理控制股東的國家機關在制度安排中初步建立相關法規。例如：透過訂定《上市公司治理準則》，規定控制股東在上市公司治理中應承擔的責任以及在「五分開」方面的應履行的義務進行了較詳盡的規定。透過《關於上市公司重大購買、出售、置換資產若干問題的通知》和《上市公司收購管理辦法》，對上市公司併購重組和股權收購中控制股東可能存在的不當行為進行規範。透過《關於規範上市公司與關聯方資金往來及上市公司對外擔保若干問題的通知》（以下簡稱《通知》），對控制股東佔用上市公司資金等不當行為進行了規範。透過《關於加強社會公眾股股東權益保護的若干規定》，試行重大事項社會公眾股股東表決制度，推行網路投票和累積投票

²⁷ 周友蘇，新公司法論，法律出版社，2006 年 2 月，616~620 頁。

制。上述制度的推出，對「減少控制股東對上市公司的不當行為」及「減輕對上市公司造成的損害」提供了法規依據。

然而，上述制度只是法位階較低的規範性辦法、通知，尚未提升到法律位階，規範效力較差。其次，上述制度在約束控制股東佔用方面雖然進行了規範，但對如何限制其行使權利等方面還缺乏硬性規定，在相關條文之規定和實施中依然存在不足之處。如《通知》規定「國有控股股東違反本《通知》規定的，國有資產監督管理機構對直接負責的主管人員和直接責任人依法給予紀律處分，直至撤銷職務；給上市公司或其他股東利益造成損失的，應當承擔相應的賠償責任。非國有控股股東直接負責的主管人員和直接責任人違反本《通知》規定的，給上市公司造成損失或嚴重損害其他股東利益的，應負賠償責任，並由相關部門依法處罰。構成犯罪的，依法追究刑事責任。」但是除去上述紀律處分外，責任人究竟依何標準進行賠償，對上市公司或其他股東造成多少損失或損害方構成犯罪，該《通知》並無詳細規定，此使得賠償及追究刑事責任之相關規定欠缺可操作性，在實際執行中，對違規人員的處罰力度往往不夠，甚至根本未作出相應的處罰，反而因此縱容控制股東之違規行為²⁸。

由於在中國大陸公司實務運作上存在著大量的法人關聯交易，尤其是上市公司之控制股東所進行之非常規關聯交易對投資人及債權人之危害更深遠且弊端更廣泛，鑑於前述原《公司法》及相關位階較低之法令無法有效遏止非常規交易之缺失，中國大陸於2005年10月27日修訂(自2006年1月1日起施行)之《中華人民共和國公司法》(下稱新《公司法》)涉及了控股股東誠信義務方面的規定如下²⁹：

1. 明訂關聯關係、控制股東定義

新《公司法》第十三章附則第217條第四款規範「關聯關係」，依該條規定「關聯關係」指公司控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員、與其直接或者間接控制的企業之間的關係，以及可能導致公司利益移轉的其他關係。但國家控股的企業之間不僅因為同受國家控股而具有關聯關係。所謂「控股股東」

²⁸ 王令浚，「控股股東誠信義務的規範及實證研究」，2005年12月23日，<http://www.cuew.com/servlet/ManageNews.ShowSubNews?id=8785> [中國城市經濟網]（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

²⁹ 周友蘇，新公司法論，法律出版社，2006年2月，621~630頁。

指其出資額占有限責任公司資本總額百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本總額百分之五十以上的股東；出資額或持有股份的比例雖然不足百分之五十，但依其出資額或者持有的股份所享有的表決權已足以對股東會、股東大會的決議產生重大影響的股東。

2. 明訂濫用關聯關係之賠償責任

新《公司法》明確規定關聯方對公司的損害賠償責任。理由在於：原《公司法》只規定董事、經理除非經章程規定或股東會同意外不得與公司為交易，但此種規定對董事、經理未經章程規定或股東會同意而進行之交易如何處理則付之闕如，更未賦予公司得向關聯人請求損害賠償之任何規定。新《公司法》第21條規定：「公司的控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員以及其他不得利用其關聯關係損害公司利益。違反前款規定，致公司受損害的，應當承擔賠償責任。」此規定既是對關聯關係之界定和對關聯交易之基本態度，也是首次在公司法確立了控制股東在關聯交易方面之誠信義務，對於非常規關聯交易能發揮較佳之預防作用。但此控制股東誠信義務之內容仍語焉不詳，不如董事誠信義務之詳細規定，仍待司法實務個案累積以充實其內容。但至少對控制股東濫用其關聯關係損害公司利益致公司受損害給予明確的請求權基礎。

3. 引進了公司法法人格否認理論

中國大陸原公司法並未規定公司法法人格否認理論，許多公司控制股東經常濫用公司法法人格有限責任原則，侵害債權人之合法利益³⁰。雖然最高人民法院在有關執行問題的司法解釋中對股東出資不足問題進行了規定，但是這屬於設立瑕疵或設立不能之問題，並非真正意義上的「法人格否認理論」。「公司法法人格否定」是指股東濫用公司有限責任侵害他人合法權益時讓該股東承擔無限連帶責任的一種制度，主要是為了防止控制股東濫用公司法人的有限責任。³¹新《公司法》

³⁰ 越萬一，中國大陸公司法完善問題的理論思考，好律師網 <http://www.haolawyer.com>，2007年04月04日（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

³¹ 朱慈蘊，新的理念與新的視角—評大陸《公司法》的修改，月旦民商法研究（兩岸公司法修改之檢視），清華大學出版社，2006年7月，46~70頁。

明文載入法人格否認理論，新增第 20 條，該條第一項規定：「公司股東應當遵守法律、行政法規和公司章程，依法行使股東權利，不得濫用股東權利損害公司或者其他股東的權益，不得濫用公司法人獨立地位和股東有限責任損害公司債權人的利益。」、第二項規定「公司股東濫用股東權利給公司或者其他股東造成損失的，應依法承擔賠償責任。」、第三項規定「公司股東濫用公司法人獨立地位和股東有限責任，逃避債務，嚴重損害公司債權人利益的，應當對公司債務承擔連帶責任。」依照本條第一項規定，一、股東應當依法行使股東權利：股東作為公司之出資人，依法享有資產收益、參與重大決策和選擇管理者等權利。股東應當遵守法律、行政法規和公司章程，依法行使股東權利。二、股東不得濫用股東權利：不得利用自己的股東權利，通過操控股東會或者股東大會做出決議等形式，損害公司的利益或者其他股東的利益。三、不得濫用公司法人獨立地位和股東有限責任損害公司債權人的利益：指股東不得透過利用公司法人獨立地位和股東有限責任之方式，規避法律，逃脫債務，損害公司債權人的利益。依照本條第二、三款分別規定，股東濫用股東權利及濫用公司法人獨立地位和股東有限責任之責任。



第四項 健全股東會決議制度、完善利害股東表決權之限制

公司與關聯方進行非常規關聯交易，公司是首當其衝遭受利益損失。公司本質是股東集合營利的一種組織形式，公司之利益與全體股東之利益息息相關，從而公司的股東對公司是否要進行某項交易最有發言權，並可透過股東會予以反應，因此如果透過股東會決議之交易並不違法應是可實施的，關聯交易亦是如此。倘若股東會決議通過某關聯交易，即使對公司及其股東可能會造成一定損失，但如果全體股東從各方面衡量後願意接受此種結果，公司行為便是其獨立、真實之意思表示，該關聯交易對公司也具備正當性。因此，在制度設計上，一方面需要將進行之交易重要細節及交易中可能之利益關係予以公開揭露，讓全體股東能全面權衡該關聯交易之利弊；另一方面也應在公司意思之形成過程中，排除不合理、股東無法接受之關聯交易，防止非常規關聯交易之發生，並使符合營業常規且有利於公司之關聯交易得以有效率進行。例如日本 2005 年 7 月 24 日修正公布，2006 年 4 月開始實施之新公司法第 356 條規定「競業及利益相反交易之限

制」，該條第一項規定：「董事，在下列情形，需在股東大會公開有關該交易之重要事項並得到其承認：一、董事要為自己或第三人進行屬於公司事業部類的交易時；二、董事要為自己或第三人與股份公司進行交易時；三、股份公司為董事的債務提供擔保及其他要與董事以外者進行公司和該董事之間利益相反之交易時」³²此規定中之第二、三款即是需經過股東會承認之關聯交易。

在某些關聯交易金額不大因而對公司權益影響亦不大之情形，基於效率之考量，並非各種關聯交易均需股東會決議始可進行。某些國家之公司法針對關聯交易區分等級：重大關聯交易需經股東會決議，一般關聯交易需董事會決議通過，影響很小之關聯交易則不需經股東會或董事會決議通過。對於認定關聯交易是否重大，需制訂一客觀之判斷標準以防止太過主觀而有極大之任意操縱空間。通常對於重大與否之判斷，多以交易額大小為標準，交易額越大，對公司及其股東之權益影響越大，因此即屬重大關聯交易，而需經股東會決議通過。但不同國家地區對公司及股東權益影響重大的交易額是依據該當地社會經濟的現階段發展情形加以訂定，如某些特殊關聯交易之非常規傾向需股東會決議，則不作數額上之限制。其次，為避免有控制權之股東挾其表決權之優勢強行通過對自身有利但對公司不利之議案，大多立法例亦規定表決迴避制度或設定限制表決權之機制。一般而言，由於上市公司對社會影響力大，各國對上市公司之監督管理比一般未上市櫃公司嚴格，對上市公司之法規範相較於一般公司所適用之公司法而言會相對詳細且更具體。

一、 英國

英國《公司法》第 320 條規定，公司向董事或關聯方轉讓或接受非現金資產之任何契約，只要超過 10 萬英鎊或淨資產的 10%（以較低者為準），都需由股東會決議通過，但非現金資產之價值低於 2000 英鎊者則不需經過股東會決議通過。此一超過特定額度之關聯交易始需由股東會決議之立法規範，亦被馬來西亞及新加坡修改後採納。此外，英國公司條例在禁止公司對董事及其關聯人士提供借款之原則下另外規定幾種例外情形，其中之一是，公司可借款給董事（但非控股公司之董事），以資助其履行義務。對於包含一個以上公眾公司的集團內公司，此

³² 崔延花譯，日本公司法典，中國政法大學出版社，2006 年 1 月，168 頁。

一借款限於二萬英鎊以內且需經股東會普通決議通過，或包含如下條款「如果此交易在下一一次股東會當日或股東會之前未獲得表決通過，即需在會議結束後六個月內全部清償。」對於取消股東常會之公司，則需在交易前取得股東的書面決議通過。從反面而言，不含公眾公司的集團內公司向董事提供小額貸款不一定需透過股東會決議通過，且在股東會會後六個月內且在下一一次股東會前可清償之小額關聯貸款，也非必須經過股東會決議之程序³³。

二、香港

香港聯合交易所《主板上市規則》及《創業板上市規則》分別於第十四A章與第二十章規範關聯交易（在香港稱為「關連交易」，但為求一致，除非引用條文原文，以下均以「關聯交易」論述）旨在確保上市公司進行關聯交易時，能顧及股東的整體利益，由上市規則提供若干保障，以防範上市公司的董事、最高行政人員、或主要股東（或此等人士的聯繫人）利用其職位取得利益。《主板上市規則》第14A章規定關聯交易一般需揭露以及需經獨立股東批准。上市公司如擬進行任何關聯交易，必須按照的規定刊發公告，公布建議中的交易，並向股東發出通知函，提供有關交易資料。但此二上市規則均訂有例外情形：例如若干類別之關聯交易則只須遵守刊登公告揭露規定；若干交易類別可獲豁免遵守所有揭露及獨立股東批准的規定；若干類別的持續關聯交易可獲豁免遵守所有揭露及獨立股東批准規定；某些持續關聯交易則不需經獨立股東批准，但需在訂立交易之時刊登公告，並需在其此後依照有關書面協議承諾進行交易的會計年度的年度報告及帳目中申報有關交易。上市公司需向香港聯交所填報任何涉及關聯交易或持續關聯交易之清單。

無論《主板上市規則》或《創業板上市規則》均將關聯交易依對上市公司及股東權益之影響程度為標準進行分類，分為五類。依《主板上市規則》第14A.16條：「關連交易可分為以下數類：(1) 獲豁免遵守有關申報、公告及獨立股東批准規定的關連交易；(2) 獲豁免遵守有關獨立股東批准規定的關連交易；(3) 獲豁免遵守有關申報、公告及獨立股東批准規定的持續關連交易；(4) 獲豁免遵守有關獨立股東批准規定的持續關連交易（《上市規則》第14A.34條）；及(5) 不屬

³³ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，105頁。

於第14A.16(1)至(4)條所載任何類別的關連交易（包括持續關連交易）。」上述「獲豁免遵守有關申報、公告及獨立股東批准規定的關聯交易」包括：集團內部交易、符合最低豁免水準的交易、發行新證券、證券交易所的交易、購回本身證券、董事服務合約、消費品或消費服務、共用行政管理服務（見《上市規則》第14A.31條）。³⁴ 而按照一般商務條款進行的關連交易，如符合：一、每項百分比率（盈利比率除外）均低於2.5%；或二、每項百分比率（盈利比率除外）均等於或高於2.5%但低於25%，而總代價也低於1,000萬港元，則此類交易只須符合《上市規則》有關申報及公告的規定，而可獲豁免遵守獨立股東批准規定。此外，香港聯交所享有特定權力於其認為恰當時，可按其所決定的條款及條件豁免該章所有或部分規定。香港《上市規則》雖規範許多例外情形，但規定的相當繁瑣，因此上市公司在遵循時上市公司如擬進行一項可能屬於關聯交易的交易，該規則亦明文規定必須盡早諮詢香港聯交所的意見，以確定是否適用該規則以及適用的程度。

再者，為免適用上發生不必要之爭議，無論《主板上市規則》或《創業板上市規則》均明確於該關聯交易專章內的條文內將許多特殊排外情形以「註」方式列明以杜適用上之爭議，例如第14A.13條第b款關於關聯交易之形式「14A.13.關連交易是指：(b) (i)上市發行人與一名非關連人士之間的任何交易，而有關交易涉及上市發行人收購或出售一家公司之權益，並且，該公司的主要股東當時是（或擬成為）控權人，又或當時是（或將因該項交易而成為）控權人的聯繫人。在決定任何人士及其聯繫人（如《上市規則》第14A.11(4)條所界定的）是否為任何公司的「主要股東」時，本交易所可將他們的權益合併計算。若資產（相對於業務）佔該公司資產淨值或資產總值90%或90%以上，本交易所會將收購或出售該等資產視作關連交易，並視作收購或出售該公司的權益處理；」該條下方即有註解表示：「註：(1) 如上市發行人收購或出售一家公司的權益時，已是該公司的主要股東，則上市發行人不會因此被視為控權人的「聯繫人」。(2) 如控權人僅因其於上市發行人的權益而間接擁有另一家公司的權益，則該控權人不會因此被視作該公司的「主要股東」。(3) 如符合下列所有條件，本規則即不適用：(i) 上市發行人收購一家公司的權益；(ii) 所收購公司的主要股東在緊接收購之前是該公司的董事、最高行政人員或控股股東（或該等人士的聯繫人）；(iii) 建議該主要股

³⁴ 《上市規則》第14A.31條：下列關連交易，將可獲豁免遵守本章所載的所有申報、公告及獨立股東批准的規定，參附錄。

東在收購之後繼續留任所收購公司的董事、最高行政人員或繼續是控股股東(或該等董事、最高行政人員或控股股東的聯繫人)；及(iv) 在收購後，其仍屬控權人的唯一理由在於其仍是所收購公司的董事、最高行政人員或控股股東(或該等人士的聯繫人)(視屬何情況而定)。如其繼續是控股股東，其於該公司的權益不得因收購而有任何增加。)³⁵

三、中國大陸

依照中國大陸新《公司法》第105條「本法和公司章程規定公司轉讓、受讓重大資產或者對外提供擔保等事項必須經股東大會作出決議的，董事會應當及時召集股東大會會議，由股東大會就上述事項進行表決。」而僅於新《公司法》第16條第二、三項規定「公司為公司股東或者實際控制人提供擔保的，必須經股東會或者股東大會決議。」「前款規定的股東或者受前款規定的實際控制人支配的股東，不得參加前款規定事項的表決」，由二者可知新公司法對關聯股東表決權的限制，僅針對擔保事項並未包含其他類型之關聯交易，實嫌不足。雖中國證監會2006年3月發布的《上市公司章程指引(2006修訂)》第41條規定：「公司下列對外擔保行為，須經股東大會審議通過：(一)本公司及本公司控股子公司的對外擔保總額，達到或超過最近一期經審計淨資產的50%以後提供的任何擔保；(二)……；(五)對股東、實際控制人及其關聯方提供的擔保。」且該《上市公司章程指引》³⁶第79條亦規定：股東大會審議有關關聯交易事項時，關聯股東不應當參與投票表決，其所代表的有表決權的股份數不計入有效表決總數；股東大會決議的公告應當充分披露非關聯股東的表決情況。該指引另表示上市公司應當依照具體情況，在章程中制訂有關聯關係股東之迴避及表決程序。

另外，中國證監會依照2005年新修訂的《公司法》和《證券法》等相關法規公布之《上市公司股東大會規則》³⁷(《上市公司股東大會規範意見(2000年修訂)》因此規則而廢止)第31條亦規定：「股東與股東大會擬審議事項有關聯關係時，

³⁵ 香港聯交所，上市規則，http://www.hkex.com.hk/corp_c.htm (網站最後參訪日期：2008年5月1日)。

³⁶ 中國證監會，上市公司章程指引(2006年修訂)，2006年3月22日發布，法律之窗，http://www.lawyerwu.com/data/2006/0322/article_1284.htm (網站最後參訪日期：2008年5月1日)。

³⁷ 中國證監會，上市公司股東大會指引規則(證監發[2006]21號)，2006年3月16日發布，<http://www.sse.com.cn/cs/zhs/xxfw/flgz/regulations/listedco/listed20060320.html> (網站最後參訪日期：2008年5月1日)。

應當迴避表決，其所持有表決權的股份不計入出席股東大會有表決權的股份總數」，但上述明確規定關聯股東表決迴避制度僅針對中國大陸上市公司，不含大量未上市公司，大量的中國未上市公司仍遵照新《公司法》之規定，此造成未上市公司關聯股東僅在擔保事項之股東會表決時需迴避，其他關聯交易仍無需表決迴避之明文規定，僅能於事後發生非常規關聯交易之弊端時依照新《公司法》第20條、第21條規定追究其責任³⁸。觀2006年5月修訂之《深圳證券交易所股票上市規則》第10.2.2條規定，「股東大會審議關聯交易事項時，下列股東應當迴避表決：（一）交易對方；（二）擁有交易對方直接或間接控制權的；（三）被交易對方直接或間接控制的；（四）與交易對方受同一法人或自然人直接或間接控制的；（五）因與交易對方或者其關聯人存在尚未履行完畢的股權轉讓協定或者其他協定而使其表決權受到限制或影響的；（六）中國證監會或本所認定的可能造成上市公司對其利益傾斜的法人或自然人。」此規範較為全面而非僅限於擔保事項，將來公司法之修法應可參照該上市規則，以較完整規範股東會決議制度。

第五項 確立公司內部合理的監督制衡機制

公司治理包括「內部治理」與「外部治理」，二者均在保障公司出資者之投資收益。公司的「內部治理」主要指公司之出資者為保障投資收益，就控制權在出資者（股東）、經營者組成的內部結構之間的分配所達成之安排。公司內部治理機制即是透過股東會、董事會、監察人和經理階層等公司內部之決策、監督及執行機制發生作用。公司之「外部治理」即是公司的出資者（廣義上包括股東及債權人）透過市場體系對經營者進行控制，以確保出資者收益之安排，此市場體系至少包括產品市場、經理市場、金融市場、資本市場、購併市場及控制權市場。公司的外部治理機制是透過市場的外部制約而發生作用。公司治理制度體系是由公司內部治理機制與外部治理機制以及二者之相互作用機制組成的制度安排。限於篇幅，本款主要討論公司之內部治理結構，在公司內部治理結構上，因為不同

³⁸ 公司法第20條：「公司股東應當遵守法律、行政法規和公司章程，依法行使股東權利，不得濫用股東權利損害公司或者其他股東的利益；不得濫用公司法人獨立地位和股東有限責任損害公司債權人的利益。公司股東濫用股東權利給公司或者其他股東造成損失的，應當依法承擔賠償責任。公司股東濫用公司法人獨立地位和股東有限責任，逃避債務，嚴重損害公司債權人利益的，應當對公司債務承擔連帶責任。」，公司法第21條：「公司的控股股東、實際控制人、董事、監事、高級管理人員不得利用其關聯關係損害公司利益。違反前款規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任」。

制度基礎而產生不同監督機制，英美法系國家與大陸法系國家採取不同之公司治理結構：大陸法系國家一般採取雙軌制，公司同時設有董事會與監察人（或監事會），由董事會擔任公司經營決策及業務執行機關，監察人或監事會擔任監督機關；英美法系國家則一般採單軌制，公司僅設立董事會，主要透過獨立董事及審計委員會進行內部監督³⁹。

一、美國

美國採取單軌制，不設立監察人或監事會，公司業務之監督由董事會負責，並在董事會中設立由不兼職的獨立董事所組成的審計委員會(Audit. Committee)對公司財務事務進行監督。但是美國公司法不禁止公司高級管理人員兼任董事，董事會往往由公司高級管理人員組成，極易控制董事會之表決，即使非由高級管理人員兼任董事，由於董事會實際上不可能全面掌握公司之及時實際營運狀況，對高級管理人員之業務監督常流於形式。其次，公司之獨立董事畢竟不熟悉公司實際經營情況，且自身之選任及報酬仍深受公司內部高階管理人之影響，因此對公司經營業務與財務會計之監督仍然有限。再者，所謂審計委員會之監督，更常因信賴外部審計結論而無所積極作為。美國專業經理人市場相當發達，聘用並非終身或長期，常以該經理人經營績效衡量其薪資，因此這些董事及高級管理人員極可能採取短期行為，虛報業績或向公司借貸牟取不當利益，因此在實行單軌制時如果未配合有效配套制度，將無法發揮有效之制衡，故美國不得不透過加強對公司董事及高級管理人員之監督，以完善公司之治理結構。⁴⁰在新公司法案中強調獨立董事及審計員之獨立性、對外部審計機構利益衝突之規範，紐約證券交易所新的上市準則提出由獨立董事組成董事提名委員會及薪酬委員會，以完善單軌制之監督機制。

³⁹ 李建偉，公司制度、公司治理與公司管理-法律在公司管理中的地位與作用，人民法院出版社，2005年4月，50~60頁。

⁴⁰ 李建偉，公司制度、公司治理與公司管理-法律在公司管理中的地位與作用，人民法院出版社，2005年4月，146~150頁。

二、日本

日本最初採雙軌制，公司分設董事會及監察人。於1950年商法修改時，引進美國之董事會制度，將業務監督權由監察人移轉給董事會，監察人只保留對公司會計事務之監督。1974年修改商法時，又恢復了監察人之業務監督權，並於1993年修改商法時強化了公司監察人之權利，延長監察人任期並增加監察人人數，且設立獨立監察人制度。監察人對業務、財務及會計事務的全面監督，獨立監察人與其他監察人之配合，以及監察人可單獨行使監督權，以避免發生會議體監督機關效率低落之情形，在制度上較能充分保障公司內部監督和制約之有效性。此外，日本新出爐之公司法典在董事會和監察人之設置之外引入了「會計監察人」，並在機構設置上賦予公司充分之選擇權，對股份轉讓限制小公司有九種選擇性，對其他種類之公司也設計多種選擇可能性。⁴¹

日本公司相互持股現象極為普遍，由於堅持相互間互不干涉，因此這些通常不行使股東權之股東使雙軌制下之董事會形同虛設，仍由經營者處於主導地位。但大部分日本公司選拔經營者多是以終身制及年資功績序列為基礎，並強調候選人對公司之忠誠度，因此經營者多仍致力於公司之長遠發展而非如美國經理人強調自身之短期行為。儘管現代公司開始打破終身任用制及年資考慮，並開始從公司外部引進專業經理人，但董事是由經理提名後經股東大會選舉，經理又由董事會選任且卸任時有權推薦續任經理，因此經營者權利有一定持續性，股東在選任經營者上發揮作用不大。儘管經營者主導現象突出，日本公司高階管理人員之濫權行為在日本社會傳統力量之影響下仍能得到一定控制。因此日本立法時為促進公司效率，維持日本公司的國際競爭力以儘快走出經濟低谷，部分借鑒美國經驗，引進獨立董事制度，規定單軌制和雙軌制的選擇適用，並建立減輕及限制董事責任機制。

美、日兩國公司法制度決定了其新近法規內容和修法方向上之不同。美國公司治理制度之演進屬於內生型，新的立法一般是對舊制度的部分修補及調整。因此，儘管某一具體制度在監督制衡和責任上可能表現得過嚴或過鬆，但相關制度大致能達到一定之衡平作用。而日本則為移植型態，內外及古今的衝突與協調表現明顯，在引進美國單軌制基礎上的獨立董事和CEO制度時，日本僅作為任意性規範供公司自行選擇，這是新制度移植對於慣性之突破，又同時反映了其既有制

⁴¹ 崔延花，日本公司法典，中國政法大學出版社，2006年1月，156~165頁。

度與新制度之整合力⁴²。

三、 台灣規定

台灣公司法採取雙軌制，設有董事會及監察人，但在1997年（民國86年）以前，雖對公司治理之實質內容已多所著墨（例如強化資訊公開制度及建立落實內部控制制度），但尚無「公司治理」這個名詞出現，政府對公司治理制度之推行與管理，主要係依公司法及證券交易法辦理。由於公開發行公司影響投資大眾頗鉅，因此，證券交易所及櫃檯買賣中心（下稱「證交所與櫃買中心」）亦藉由與上市（櫃）公司間之契約關係，要求上市（櫃）公司建立良好之公司治理制度，以保障利害關係人之權益。由行政院成立「行政院金融改革專案小組資本市場工作小組」及「行政院改革公司治理專案小組」等推動各項公司治理制度，分為內部機制與外部機制併行：內部機制主要在於公司內部管理機制建構股東之知情權、決策參與權之發揮，及賦予董事、監察人之獨立性行使職權能力。外部機制則主要在於法律規範之建立、市場競爭機制之發揮及民間專業機構（如公司治理協會）之參與及監督。對於公司治理新制度推動（如獨立董事、獨立監察人、審計委員會等）實施方式初期以宣導及鼓勵方式引導公司，再逐步採取法制化，全面落實公司治理制度。主要內容如下：

(一)繼續強化公司治理制度基礎工程：

1.內部控制制度之建立及執行

發布「公開發行公司建立內部控制制度處理準則」等法規，明定公開發行公司建立內部控制及內部稽核機制。

2.整合並強化公開發行公司資訊公開制度

(1)建置公開資訊電子資料網路申報系統，以利投資人參閱，並於自2002年8月1日起正式啟用。

(2)建置英文版資訊觀測站，使台灣證券市場與國際接軌，並利於國外投資人

⁴² 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，117~119頁。

瞭解台灣上市(櫃)公司之財務業務狀況，業於 2003 年 1 月完成建置工作，包含定期性、不定期英文資料報表。

(3)修正年報及公開說明書應行記載事項準則增訂獨立董事、監察人設置及公司治理執行情形之揭露，以利投資人瞭解企業執行公司治理之狀況。

(4)由民間單位建置資訊評鑑制度，以鼓勵公司強化資訊內涵並作自願性資訊揭露，使資訊更加透明化。

(二) 導入公司治理創新制度措施

1. 建立獨立董事、監察人制度

(1) 輔導公司建立獨立董事、監察人制度：初次申請上市(櫃)公司應設置二名以上獨立董事及一名以上獨立監察人，已上市(櫃)公司，在公司法、證券交易法尚未修正前，透過宣導方式，並給予降低董監事持股成數規定等誘因，以輔導公司建立獨立董事、監察人制度。

(2) 督促董事、監察人研習計畫之落實：證基會已完成獨立董事、監察人人才資料庫之建置，並正式上線使用，並完成董事、監察人持續進修計畫案之規劃。

2. 樹立公司治理的文化環境：

(1) 「上市上櫃公司治理實務守則」：

證交所及櫃買中心已發布「上市上櫃公司治理實務守則」，上市上櫃公司應依保障股東權益、強化董事會職能、發揮監察人功能、尊重利害關係人權益及提升資訊透明度之原則建立公司治理制度；證交所及櫃買中心已就上市(櫃)公司治理實務守則研訂相關細則或範例。

(2) 特定組織(行業)之公司治理機制：

已分別由證交所、期交所、櫃買中心、證券商業同業公會及證券投資信託暨顧問商業同業公會研擬並發布「證券商公司治理實務守則」、「期貨商公司治理實務守則」及「中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投

資信託事業證券投資顧問事業公司治理實務守則」，就證券及期貨相關組織之公司治理機制研訂相關規範。

3. 落實公司治理監督制度

制定「證券投資人及期貨交易人保護法」，業於2002年7月17日公布，提供設置投資人保護機構之法源，並引進團體訴訟制度，以強化公司外部監督機制；並依據該法於2003年1月設置「財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心」，維護證券投資人及期貨交易人權益。

目前台灣獨立董事、監察人制度之建立，由證交所及櫃買中心於上市（櫃）審查準則，訂定有關董事會、監察人無法獨立執行職務認定標準，要求2002年及此後初次申請股票上市（櫃）之公司，其全體董事、監察人中，至少應有二位獨立董事，一位獨立監察人。此外，主管機關於2003年已函釋「獨立董事、獨立監察人」係指公司董事及監察人符合五年以上專業經驗、兼任他公司獨立董事或監察人未超過五家、非為公司法第二十七條所訂之法人或其代表人及最近一年內符合獨立性之規定⁴³。而在獨立董事、監察人報酬方面，依「上市上櫃公司治理實務守則」規範，公司可於章程或依股東會決議明訂董事及監察人之酬勞，有關支付獨立董事及監察人之酬勞將因各人角色、功能、貢獻程度而異，公司宜事先考量清楚，以激勵其發揮應有之職能。前開措施係由證交所及櫃買中心訂定於上市（櫃）審查準則，用以規範證交所及櫃買中心與上市、上櫃公司間之契約關係。

嗣後，於2006年5月30日修正之證券交易法第14之2及第14之4條則直接規定獨立董事及審計委員會：「已依本法發行股票之公司，得依章程規定設置獨立董事。但主管機關應視公司規模、股東結構、業務性質及其他必要情況，要求其設置獨立董事，人數不得少於二人，且不得少於董事席次五分之一。」、「已依本法發行股票之公司，應擇一設置審計委員會或監察人。但主管機關得視公司規模、業務性質及其他必要情況，命令設置審計委員會替代監察人；其辦法，由主管機關定之。審計委員會應由全體獨立董事組成，其人數不得少於三人，其中

⁴³ 行政院金融監督管理委員會公司治理問答集，<http://www.sfb.gov.tw/reference/q&a/cg-q&a.doc>（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

一人為召集人，且至少一人應具備會計或財務專長。公司設置審計委員會者，本法、公司法及其他法律對於監察人之規定，於審計委員會準用之。」且金管會於中華民國 95 年 3 月 28 日發布並訂於 96 年 1 月 1 日施行「公開發行公司審計委員會行使職權辦法」⁴⁴。

四、中國大陸規定

中國大陸實際上採雙軌制，於新《公司法》第 118 條規定「董事、高級管理人員不得兼任監事」，以確保監察人之獨立性，以確保其發揮監督職能。但實際上，中國雙軌制下監事會之職能並未得到有效發揮。對於雙軌制，應該在監事會之構成上加強成員之獨立性，完善職工代表及小股東代表進入監事會之配套措施，並透過股東權的加強減輕公司高級管理人對監事聘任及報酬之影響，同時強調監事監督財務之義務。新《公司法》雖導入證監會先期推薦使用的獨立董事制度，但目前中國大陸並未形成獨立董事市場或資料庫。上市公司一般委請知名學者擔任，但這些中國大陸學者除了學術事物繁忙之外，往往同時擔任多家公司之獨立董事，實際上並無精力及意願過問公司之經營狀況，更談不上對公司進行經營監督。其次，由於獨立董事之選任及報酬直接決定於公司高級管理人，因此甚難保證其獨立性。在現今激烈競爭之環境中，單軌制在一定意義上符合現代公司對效率之要求，但無一定配套措施將造成嚴重後果。在目前中國大陸對公司之營運及董事、高級管理人員的監督制約不力，且單軌制相配套之制度不健全之情形下，提倡雙軌制是有必要的，並也應一併考慮單軌制之效率優點。中國大陸新《公司法》對非上市公司仍採用同時設立董事會和監事會的雙軌制，同時規定上市公司應設置獨立董事，但並未明確規定可選擇適用雙軌制或只設董事會的單軌制，有關上市公司獨立董事的規定顯得有些突兀，甚至與雙軌制存在制度上之衝突，非上市公司獨立董事之法律地位難以確認，單軌制下之 CEO 地位也不明確。由於合理的公司內部監督機制是預防關聯交易之關鍵，中國大陸新《公司法》應對單軌制和雙軌制作任意性規範供公司選擇適用，並明確推薦使用雙軌制，同時進一步確定單軌制下所有類型公司獨立董事之法律地位，並進一步強化雙軌制下監事

⁴⁴ 行政金融監督管理委員會證券期貨局第一組，證券交易法關於獨立董事制度、審計委員會功能、募集與發行制度之調整及違反規定之罰則規範，http://www.tse.com.tw/ch/about/press_room（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

會之作用，較可達到合理的公司內部監督機制以預防非常規關聯交易。⁴⁵

第三節 確立上市公司關聯交易的外部監督制衡體系

對於預防非常規關聯交易之發生，在強調內部監督之同時，亦需同步注意公司外部監督。對未上市上櫃公司而言，一般股東人數較少，股東代表的內部監督相對有力。但對股東人數眾多且股權分散之上市公司而言，許多投資人（股東）僅以證券投機心理進行投資，並不關心公司之實際營運，因而內部人控制問題更嚴重，加上上市公司相較於未上市公司對社會影響層面更廣更深，因此對上市公司之外部監督格外重要。在上市公司之外部監督中，各國多同時採行兩大重要機制進行監督：即由「證券行政機關」行使行政權進行監督管理，並由「證券交易所」發揮市場監督功能。對於上市公司關聯交易之市場監督，監督機關主要透過關聯交易之授與程序加以實現，即於公司內部批准關聯交易之基礎上，再由證券交易所等相關主體進行外部核准及監督的程序。

一、 香港

香港上市分為創業板與主板，相較於主板，由於創業板不需要公司連續盈利及業務方面之記錄，具增長潛力的公司可透過根基穩固的市場及監管基本設施來籌集資金作發展用途，對於具增長潛力的公司（尤其沒有盈利紀錄者）來說，日後表現的好壞存在著極大的不明朗因素。鑒於涉及之風險較大，創業板以專業及充份掌握市場資訊的投資者為對象，創業板的運作理念是「買者自負」「高增長、高風險」，一切風險概由投資者自行承擔。因此為防止這些創業板公司透過上市吸取資金後進行盈餘轉移，因此對創業板之證券市場監督比主板更為嚴格。但針對關聯交易之規定，主板上市規則與創業板上市規則均一致。香港對上市公司之市場監督是以香港交易所為主導，並透過獨立非執行董事、獨立財務顧問、核數師等共同參與，與關聯交易之資訊揭露，表決權限制等制度互相配合，以抑制非常規關聯交易之發生。筆者個人淺見認為香港交易所之《主板上市規則》及《創業板上市規則》對於關聯交易之規範雖鉅細靡遺，但編排順序及規範方式稍有混亂，反而易造成一般上市公司難以理解。

⁴⁵ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，120頁。

為兼顧效率之考量，香港交易所此之《主板上市規則》及《創業板上市規則》二上市規則均規定「豁免」部分，且賦予香港交易所「酌情權」。除了明訂之數種豁免情形，香港交易所所有權考慮給予毋須遵守上市規則有關關聯交易全部或任何規定的豁免，例如《創業板上市規則》特別就下列交易給予豁免⁴⁶：

- (1) 僅因上市公司的一名非執行董事在一項交易中擁有利益而成為關連交易。該關聯交易需令交易所相信該名董事並無控制上市公司及該名董事在上市公司的權益，並非其主要業務權益。但如依照本條獲豁免獨立股東批准規定，交易所可要求上市公司的核數師或交易所可接受的財務顧問發出函件，說明按其意見認為，有關交易對上市公司的股東而言乃屬公平合理。交易所一般亦會要求上市公司其後儘快刊登公告，內載交易的簡單資料及在其下一份年度報告及帳目中載有該項交易的詳情。
- (2) 上市公司如就(i)《創業板上市規則》第20.11(5)條所述之非全資附屬公司或第20.11(6)條所述的任何附屬公司之責任，或就(ii)屬《創業板上市規則》第20.13(2)(a)(ii)條所述公司之責任，向第三者債權人提供共同及個別擔保（或作出共同及個別賠償保證），而：**(a)** 有關擔保是按經投標方式判出之政府或公營機構合約要求而提供的；**(b)** 該非全資附屬公司或該公司的每名股東，亦向該第三者作出相若的共同及個別擔保或賠償保證；及**(c)** 該非全資附屬公司或該公司的每名其他股東，均同意就有關已作出擔保或賠償保證的債務其中若干百分比（至少按其於該附屬公司或該公司之股本權益百分比），向上市公司作出賠償保證，而此等股東的賠償保證亦足以令本交易所信納；或
- (3) 在新申請人就特定的持續關連交易提出申請，豁免遵守本章的公告及獨立股東批准規定；但交易所不會給予任何一般性質的豁免。申請人的保薦人須在上市檔中表明尋求豁免的持續關連交易，是否屬申請人日常業務中按照一般商務條款所進行的交易，而有關交易是否公平合理，並符合股東整體利益，且上市公司仍需遵守《創業板上市規則》相關規定。此外，該上市規則亦有「豁免召開股東大會之關聯交易」：如關連交易須經獨立股東批准，必須在上市公司股東大會上以大比數票數通過批准方可作實；但若同時符合下列條件，則召開股東大會的規定可以獨立股東書面批准方式來代替：**(1)** 如上市

⁴⁶ 香港交易所網站：http://www.hkex.com.hk/exchange/asso/exchange_c.htm（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

公司須召開股東大會以通過有關關連交易，上市公司並無任何股東須放棄表決權利；及(2) 有關的獨立股東批准，是經由下述股東以書面方式予以批准：持有或合共持有的證券面值逾50%以上，並有權出席為通過有關關連交易而召開之股東大會並於會上表決的一名股東或一批有密切聯繫的股東。且香港聯交所在給予任何豁免時，可增訂其認為恰當的條件⁴⁷。

二、中國大陸

中國證券監督管理委員會（下稱「中國證監會」）曾於1999年3月17日公布《關於上市公司配股工作有關問題的通知》，為規範上市公司向原股東配售發行股票（以下簡稱“配股”）的行為，該通知對有關配股規定作了修訂。依照該通知，上市公司眾多配股條件之一為「上市公司必須與控股股東在人員、資產、財務上分開，保證上市公司的人員獨立、資產完整和財務獨立。」且明訂上市公司如有「以公司資產為本公司的股東或個人債務提供擔保」或「公司資金、資產被控股股東佔用，或有重大關聯交易，明顯損害公司利益」等情形，其配股申請不予核准。上市公司作出配股決議時應遵循該通知內之各項規定，其中對於與本次配股有關的關聯交易，公司董事會應保證公司及在該項關聯交易中非關聯股東的利益不受侵害，並就該項交易是否符合公司最大利益以及對非關聯股東是否公平合理明確表示意見；主承銷商等相關中介機構應對關聯交易價格的公允性予以關注。在就有關關聯交易進行表決時，任何與該項交易有利害關係的股東，必須放棄投票權。依照該通知，主承銷商等相關中介機構即扮演關聯交易之外部監督角色，構成授與制度中之一部分。⁴⁸ 依該《關於上市公司配股工作有關問題的通知》之附件三「證券公司承銷配股盡職調查報告指引（試行）」，證券公司承銷配股應有「盡職調查報告」，該盡職調查報告是上市公司配股申報資料之一，該報告應包括上市公司經營的獨立性調查，包括上市公司與控股股東在人員、資產、財務上的分開情況，具體內容應包括：上市公司的法人治理結構是否健全；經理、副經理及財務人員是否在股東單位及關聯公司兼職；上市公司的勞動、人事及工資管理是否完全獨立；上市公司與控股股東在工業產權及非專利技術方面是否界定清楚；上市公司的產、供、銷系統是否獨立；上市公司是否設立有獨立的財務

⁴⁷ 香港交易所網站：http://www.hkex.com.hk/exchange/asso/exchange_c.htm（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

⁴⁸ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，122~123頁。

部門、獨立的財務核算體系、獨立的財務會計制度和對其控股的子公司的財務管理制度；是否獨立開設銀行帳戶、獨立納稅。該調查報告亦應包括該次配股方案若存在與該次配股相關的關聯交易，董事會是否就此關聯交易對公司和非關聯股東的公平性明確發表了意見、公司是否按規定履行了相關的程序。且證券公司應就與配股有關的關聯交易對公司和非關聯股東的公平性發表意見，也需調查上市公司的資金、資產被控股股東佔用的情況，及是否存在上市公司以其資產為其股東或個人債務提供擔保的情形。由此通知可知證券承銷公司（承銷商）對上市公司扮演相當重要之外部監督角色。

此外，中國證監會 2001 年 12 月 10 日發布(2002 年 1 月 1 日起施行)《關於上市公司重大購買、出售、置換資產若干問題的通知》⁴⁹(自該通知生效之日起，原證監會 2000 年 6 月 26 日發布之《關於規範上市公司重大購買或出售資產行為的通知》即廢止)。依該通知，上市公司實施重大購買、出售、置換資產行為，應當遵循有利於上市公司可持續發展和全體股東利益的原則，與實際控制人及其關聯人之間不存在同業競爭，保證上市公司與實際控制人及其關聯人之間人員獨立、資產完整、財務獨立。且上市公司應具有獨立經營能力，在採購、生產、銷售、知識產權等方面能夠保持獨立。上市公司董事會對重大購買、出售、置換資產做出決議，應當在就交易達成初步意向後，董事會立即與交易對方簽署保密協定，約定交易進程、步驟、雙方責任等。董事會就該次交易形成初步意見後，聘請具有證券從業資格的會計師事務所、律師事務所、財務顧問（由具有主承銷商資格的證券公司或中國證監會認可的其他機構擔任）、資產評估機構（限於本次交易以資產評估值作為交易定價基礎的情況）等中介機構為該次交易出具意見，同時與各中介機構簽署保密協定。⁵⁰於各中介機構出具意見後，董事會就有關事宜進行審議並形成決議。另外，獨立董事應當就該次資產交易是否有利於上市公司和全體股東的利益發表獨立意見，並就上市公司重組後是否會產生關聯交易、形成同業競爭等問題做出特別提示。董事會在形成決議後 2 個工作日內，應當向中國證監會及上市公司所在地的中國證監會派出機構報送決議文本和《重大購買、出售、置換資產報告書（草案）》及其相關附件（包括獨立董事意見），同時向證券交易所報告並公告。中國證監會收到上市公司報送的全部材料後，審核工作時間不超過 20 個工作日。上市公司報送的材料不完整，或者未達到資訊披

⁴⁹ 中國證券監督管理委員會關於規範上市公司重大購買或出售資產行為的通知，<http://www.ndcnc.gov.cn/datalib/2003/PolicyLaw/DL/DL-11189>（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

⁵⁰ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，123 頁。

露要求，或者報送的資產交易方案與現行法律、會計、評估要求或行業政策不符，或者上市公司實施該項交易不符合本通知第四條的規定，公司應當依照中國證監會的要求補充或修改報送材料。中國證監會在審核期內要求公司對報送材料予以補充或修改的，審核期限自收到公司的補充或修改意見後重新計算。中國證監會對報送的材料不提出補充或修改意見，並不表明其對上市公司報送和公告材料的真實性、準確性和完整性做出實質性判斷和保證。⁵¹此外，上市公司股東大會就重大收購、出售、置換資產事宜進行審議並形成決議。有關交易涉及關聯交易的，關聯股東應當回避表決。如交易對方已與上市公司控股股東就直接或間接受讓上市公司股權事宜或因向上市公司推薦董事達成默契，可能導致公司實際控制權發生變化的，則上市公司實施的該項購買、出售、置換資產的交易屬於關聯交易，應執行有關法律、法規或者規則中關於關聯交易的規定。

上述規定雖接近關聯交易的授與制度，但中國大陸真正確立授予及豁免制度的是深圳證券交易所及上海證券交易所之上市規則。依照 2006 年 5 月新修訂之《深圳證券交易所股票上市規則》第十章第二節「關聯交易的程式與披露」規定，上市公司與關聯自然人發生的交易金額在 30 萬元以上的關聯交易，應當及時披露。上市公司與關聯法人發生的交易金額在 300 萬元以上，且占上市公司最近一期經審計淨資產絕對值 0.5% 以上的關聯交易，應當及時披露。第 10.2.5 條第一項規定：上市公司與關聯人發生的交易（上市公司獲贈現金資產和提供擔保除外）金額在 3000 萬元以上，且占上市公司最近一期經審計淨資產絕對值 5% 以上的關聯交易，除應當及時披露外，還應當比照 9.7 條的規定聘請具有執行證券、期貨相關業務資格的中介機構，對交易標的進行評估或審計，並將該交易提交股東大會審議。《上海證券交易所股票上市規則》亦同。上市公司發生的關聯交易涉及 9.1 條規定的「提供財務資助」、「提供擔保」和「委託理財」等事項時，應當以發生額作為計算標準，並按交易事項的類型在連續十二個月內累計計算，經累計計算達到 10.2.3 條、10.2.4 條和 10.2.5 條標準的，適用 10.2.3 條、10.2.4 條和 10.2.5 條的規定。上市公司在連續十二個月內發生交易標的相關的同類關聯交易，也應當按照累計計算的原則適用 10.2.3 條、10.2.4 條和 10.2.5 條規定。但上述二者已按照 10.2.3 條、10.2.4 條或 10.2.5 條規定履行相關義務的，則不再納

⁵¹ 中國證券監督管理委員會，關於規範上市公司重大購買或出售資產行爲的通知，<http://www.ndcnc.gov.cn/datalib/2003/PolicyLaw/DL/DL-11189>（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

入相關的累計計算範圍（第 10.2.9 及 10.2.10 條）。另一不以交易金額為標準之之例外規定是「上市公司為關聯人提供擔保」。上市公司為關聯人提供擔保，不論數額大小，均應當在董事會審議通過後提交股東大會審議。上市公司披露關聯交易事項時，應當向證交所提交：公告文稿、與交易有關的協議書或意向書、董事會決議、獨立董事意見及董事會決議公告文稿、交易涉及的政府批文、中介機構出具的專業報告、獨立董事事前認可該交易的書面檔及證交所要求提供的其他檔⁵²。

雖有上述關聯交易金額標準，但該上市規則規定就上市公司與關聯人進行 10.1.1 條第（二）至第（五）項所列的與日常經營相關的關聯交易事項（即購買原材料、燃料、動力、；銷售產品、商品、提供或接受勞務、委託或受託銷售）時，可不需聘請具有執行證券、期貨相關業務資格的中介機構，對交易標的進行評估或審計，僅需按照下述規定進行披露並履行相關審議程序：

（一）**訂立書面協議、提交董事會或股東會審議**：對於首次發生的日常關聯交易，公司應與關聯人訂立書面協定並及時披露，依照協定涉及的交易金額分別適用第 10.2.3 條、10.2.4 條或 10.2.5 條的規定提交董事會或者股東大會審議；協定沒有具體交易金額的，應當提交股東大會審議。日常關聯交易協定至少應包括交易價格、定價原則和依據、交易總量或其確定方法、付款方式等主要條款。協定未確定具體交易價格而僅說明參考市場價格的，公司在按照 10.2.11 條規定履行披露義務時，應當同時披露實際交易價格、市場價格及其確定方法、兩種價格存在差異的原因。

（二）**定期報告應披露實際執行情況**：已經公司董事會或者股東大會審議通過且正在執行的日常關聯交易協定，如果執行過程中主要條款未發生重大變化的，公司應當在定期報告中按要求披露相關協定的實際履行情況，並說明是否符合協議的規定；如果協議在執行過程中主要條款發生重大變化或者協定期滿需要續簽

⁵² 披露的關聯交易「公告」依上市規則應包括以下內容：（一）交易概述及交易標的的基本情況；（二）獨立董事的事前認可情況和發表的獨立意見；（三）董事會表決情況（如適用）；（四）交易各方的關聯關係說明和關聯人基本情況；（五）交易的定價政策及定價依據，包括成交價格與交易標的帳面值、評估值以及明確、公允的市場價格之間的關係，以及因交易標的特殊而需要說明的與定價有關的其他特定事項。若成交價格與帳面值、評估值或市場價格差異較大的，應當說明原因。如交易有失公允的，還應當披露本次關聯交易所產生的利益轉移方向；（六）交易協定的主要內容，包括交易價格、交易結算方式、關聯人在交易中所占權益的性質和比重，協議生效條件、生效時間、履行期限等。（七）交易目的及對上市公司的影響，包括進行此次關聯交易的必要性和真實意圖，對本期和未來財務狀況和經營成果的影響等；（八）當年年初至披露日與該關聯人累計已發生的各類關聯交易的總金額；（九）本規則 9.15 條規定的其他內容；（十）中國證監會和證券交易所要求的有助於說明交易實質的其他內容。

的，公司應當將新修訂或者續簽的日常關聯交易協定，依照協定涉及的交易金額分別適用第 10.2.3 條、10.2.4 條或 10.2.5 條的規定提交董事會或者股東大會審議；協定沒有具體交易金額的，應當提交股東大會審議。

（三）合理預計：對於每年發生的數量眾多的日常關聯交易，因需要經常訂立新日常關聯交易協定而難以按照本條第（一）項規定將每份協議提交董事會或者股東大會審議的，公司可以在披露上一年度報告之前，對本公司當年度將發生的日常關聯交易總金額進行合理預計，依照預計金額分別適用第 10.2.3 條、10.2.4 條或 10.2.5 條的規定提交董事會或者股東大會審議並披露；對於預計範圍內的日常關聯交易，公司應當在定期報告中予以披露。如果在實際執行中日常關聯交易金額超過預計總金額的，公司應當依照超出金額分別適用第 10.2.3 條、10.2.4 條或 10.2.5 條的規定重新提交董事會或者股東大會審議並披露。

此外，該上市規則亦規定可完全免予按照上市規則關聯交易專章規定行相關義務之關聯交易類型。依照上市規則第 10.2.13 條規定：「上市公司與關聯人達成以下關聯交易時，可以免予按照本章規定履行相關義務：（一）一方以現金方式認購另一方公開發行的股票、公司債券或企業債券、可轉換公司債券或者其他衍生品種；（二）一方作為承銷團成員承銷另一方公開發行的股票、公司債券或企業債券、可轉換公司債券或者其他衍生品種；（三）一方依據另一方股東大會決議領取股息、紅利或報酬；（四）一方參與公開招標、公開拍賣等行為所導致的關聯交易；（五）本所認定的其他情況。」該豁免規定之出發點是在不致於造成非常規關聯交易之前提下促進公司交易行為之效率。雖然中國大陸上市規則並未如香港詳細，但已借鑒香港聯交所上市規則之經驗，將關聯交易按交易額區分為三類型，並規範各類型應履行之義務：即需披露之關聯交易、需披露並經中介機構評估或審計、股東大會審議之關聯交易，以及可以豁免相關程序之關聯交易，亦對持續關聯交易訂定相關規定。但目前就有關中介機構的評估和審計的規範過於原則，缺乏可操作性，尚須主管機關進一步立法規範，以進一步增加有關中介機構和獨立的專業人士對關聯交易之有效監督⁵³。對於或豁免的關聯交易規定僅有一條規範似嫌不夠全面。新證券法對證交所賦予較多之授權，明確規範大陸證交所的一定核准功能。

⁵³ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，124~125 頁。

第四節 強化關聯交易之資訊揭露制度

第一項 關聯交易資訊揭露之理論基礎

資訊揭露，即訊息公開，在中國大陸稱為「資訊披露」、「資訊公開」。資訊揭露是各國公司法及證券法上重要制度之一，無論公司法或證券法之資訊揭露規定，最主要目的均是讓股東及潛在投資者及時知悉其投資利益相關的公司組織及營運狀況，以保障其合法權益。而此種資訊揭露，在公司之關聯交易中更為重要。⁵⁴按經濟學理論，市場能實現資源的有效配置，但有許多因素將導致市場失靈。其中，「資訊不對等」即是導致市場失靈之重要因素之一，而關聯交易便明顯顯現「資訊不對等」之現象。由於關聯方控制相關資訊，如果關聯方不揭露、少揭露或虛偽揭露公司之營運相關訊息，即可能誤導投資者，掩飾自身或利益共同體利用公司機會及侵佔公司權益之行為，操縱公司及關聯方之利潤甚至操縱上市公司之股價，影響證券市場資源配置功能。依照資本市場理論，要實現金融資源之最優配置，必須確保資本市場能促進金融資源之移動性及可轉讓性，並且能提供對金融資產價值之持續評價機制，而實現此二目標，均需有完整、及時、準確且公平之資訊揭露制度作為基礎。合乎要求之資訊揭露，在付出必要之資訊揭露成本之基礎上能保證關聯方整個交易成本之合理化，恢復市場對有限資源之配置功能，也能全面保護公司利益相關者之合法權益。⁵⁵承前所述，關聯方之間發生交易之所以會存在非常規性，原因之一在於容易有資訊不對等之現象，因此為了防止此一不利影響，「揭露」、「資訊公開」是最佳途徑，使得在資訊取得處於弱勢之中小股東、債權人及潛在投資人，透過揭露之訊息較能即時掌握公司組織及運行之相關情形，從而做出合理之判斷與決定，保護其自身之合法權益，儘可能減少資訊不對等現象帶來之弊端。

一般上市公司資訊揭露之基本原則主要包括：「真實性原則」、「及時性原則」、「完整性原則」，關聯交易之資訊揭露亦不例外。⁵⁶「真實性原則」是資訊揭露之根本基礎，受關聯方操縱所為之虛偽揭露不僅無法得到資訊揭露之原本作用，反而會誤導廣大中小股東、債權人及潛在投資人。美國虛假財報引起之公

⁵⁴ 張忠軍編，上市公司法律制度，法律出版社，2000年版，133頁。

⁵⁵ 齊斌，證券市場資訊披露法律監管，法律出版社，2000年版，13頁。

⁵⁶ 陳甦，論上市公司信息公開的基本原則，中國法學，1998年，第1期，15~32頁。

司醜聞即是最佳案例。惟有真實之資訊揭露才能及時防範風險，合理引導投資者之投資行為。其次，「及時性原則」要求一般上市公司及時揭露資訊，主要是因為上市公司股票價格的決定性因素。因公司之營運狀況處於不斷變動之狀態，及時揭露資訊能讓投資者及時掌握經營狀況而作出合理判斷與決定，並儘可能縮小內部人利用內線消息公開的時間差進行內線交易之可能性。而及時性是指訊息揭露之內容具有現時性，應以最快之速度揭露相關訊息，且所揭露之訊息應一直保持最新狀態。對於關聯交易而言，關聯交易可透過事先的揭露以獲得決議通過，如不能及時揭露，則決議通過之前提就不存在。關聯交易進行後之事後資訊揭露雖然也是必要，但不能與授予制度相提並論，通常也難完全補救不及時揭露訊息所造成之影響及損害。再者，「完整性原則」包括兩方面涵義：一是要求揭露資訊內容之質與量充分並完整：在揭露資訊性質上須是重大訊息，在資訊數量上必須使投資者有足夠的投資判斷依據，而在相關內容上，則要求公司依法公開內容完整的財務報告及具有關聯關係及關聯交易行為的法定事項。二是強調主體之完整：為了保證主體的完整性，必須注意關聯交易實質與形式上之統一。只要是涉及關聯關係和關聯交易中之權益移轉，均應進行揭露。所謂關聯交易隱形化，即是利用非關聯之形式來掩蓋實質上之關聯性，依照主體完整性原則，此隱形關聯交易亦需予以完整揭露。

關聯交易資訊揭露之主要目的在於防止詐欺及非常規交易，因此資訊揭露之時間點極為重要。倘若關聯交易只在事後揭露，則此揭露無法改變已經發生之交易，中小股東或債權人之利益受損將成既成事實，即便證券主管機關能對上市公司予以處罰或命令下市，不但無濟於事，反而使受罰公司進一步加大對中小股東及債權人等利益相關者之損害，因此，交易前之資訊揭露與交易過程中之資訊揭露顯得更為重要。事前之揭露除了便於監督關聯方濫用權利外，還能使股東在決議時清楚認識該關聯交易之性質及可能之後果，使得公司會議能及時依照揭露情況確定有關聯利益之關聯方或其代表的表決迴避，以防止非常規關聯交易被股東盲目或不合理決議通過。⁵⁷ 交易過程中之持續揭露也同等重要，因為此揭露能使公司股東在獲得有關關聯交易之持續情況下，主動去糾正以前不知情時所為之決議，或是透過公司內部之合理程序去阻止關聯交易行為繼續進行，以減少或避免非常規關聯交易，或避免證券主管機關處罰給公司及中小股東帶來之不利影響。

⁵⁷ 王保樹，發行公司信息公開與投資者的保護，商事法論集第1卷，法律出版社，1997年版，284頁。

第二項 中國大陸關聯交易揭露制度之規定

無論上市或非上市公司，在關聯交易之決議程序中，資訊揭露均是必要之前提條件。只有經過適當之資訊揭露程序，進行決議才有事實基礎。相較於非上市公司，上市公司之資訊揭露要求更為嚴格，主要因為：一、上市公司較強之市場融資功能使得控制股東及實際控制人傾向與上市公司進行交易，並透過此關聯交易侵佔上市公司之資金或以其他方式掠取上市公司之權益，而資訊揭露是較為有效之監督措施。二、因為上市公司股權分散，大多數股東僅在乎投資獲利，不參與公司具體經營管理，對公司營運情況瞭解有限，需要透過資訊揭露以掌握對公司及股東權益影響較大之關聯交易，以進而適當表示意見。三、上市公司關聯交易之影響層面廣大且深，如不妥善規範，將嚴重影響一國之證券交易市場，因此作為預防非常規關聯交易之一種措施，資訊揭露均比一般非上市公司要求高。一般而言，各國關聯交易揭露制度之基本揭露內容均包括四大部分：一、關聯關係。二、關聯利益。三、關聯交易內容及四、關聯企業之集團資訊。⁵⁸中國大陸亦不例外。

中國證監會 1997 年 12 月公布的《上市公司章程指引》第 83 條規定：「董事個人或者其所任職的其他企業直接或者間接與公司已有的或者計畫中的合同、交易、安排有關聯關係時（聘任合同除外），不論有關事項在一般情況下是否需要董事會批准同意，均應當向董事會披露其關聯關係的性質和程度。除非有關聯關係的董事按照本條、前款的要求向董事會作了披露，...。」此是中國大陸對上市公司關聯交易揭露制度最初確立時之制度規範，但中國大陸公司法及證券法卻均對關聯交易揭露制度缺乏專門而詳細之規定。新《公司法》第 117 條僅規定：「公司應當定期向股東披露董事、監事、高級管理人員從公司獲得報酬的情況。」而已，並未涉及關聯交易揭露之關鍵內容，且一被狹隘解釋為僅需報告所得薪水部分。

在消極揭露規範方面，新《公司法》第 97 條規定公司資料之備置義務（「股份有限公司應當將公司章程、股東名冊、公司債券存根、股東大會會議記錄、董事會會議記錄、監事會會議記錄、財務會計報告置備於本公司。」）並在同法第 98 條規定股份有限公司股東之查閱權、質詢建議權（股東有權查閱公司章程、股

⁵⁸ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，132~138 頁。

東名冊、公司債券存根、股東大會會議記錄、董事會會議決議、監事會會議決議、財務會計報告，對公司的經營提出建議或者質詢)，再於同法第 151 條明確規定董事、監察人及高階管理人員接受股東質詢之義務（股東會或者股東大會要求董事、監事、高級管理人員列席會議的，董事、監事、高級管理人員應當列席並接受股東的質詢。董事、高級管理人員應當如實向監事會或者不設監事會的有限責任公司的監事提供有關情況和資料，不得妨礙監事會或者監事行使職權），但上述股份有限公司股東查閱權及質詢權之相關規定相當簡陋，反而不如新《公司法》有限責任公司股東查閱權之規定詳細（新《公司法第 34 條》：有限責任公司股東有權查閱、複製公司章程、股東會會議記錄、董事會會議決議、監事會會議決議和財務會計報告。股東可以要求查閱公司會計帳簿。股東要求查閱公司會計帳簿的，應當向公司提出書面請求，說明目的。公司有合理依照認為股東查閱會計帳簿有不正當目的，可能損害公司合法利益的，可以拒絕提供查閱，並應當自股東提出書面請求之日起十五日內書面答覆股東並說明理由。公司拒絕提供查閱的，股東可以請求人民法院要求公司提供查閱。」）。中國大陸新《公司法》未明確規定股份有限公司股東可查詢公司會計帳簿，亦未明訂質詢權行使之方式及可拒絕答詢之理由，僅在位階較低之《上市公司章程指引》（2006 年修訂）第 33 條規範股東查閱權之行使方式（股東提出查閱前條、所述有關資訊或者索取資料的，應當向公司提供證明其持有公司股份的種類以及持股數量的書面檔，公司經核實股東身份後按照股東的要求予以提供），於第 35 條規定股東對公司的經營行為進行監督提出質詢之權利，並在第 70 條規定，董事、監事、高級管理人員在股東大會上就股東的質詢和建議作出解釋和說明，這些規定雖較為合理，但此《上市公司章程指引》位階偏低⁵⁹。

在中國大陸新會計準則 2007 年正式施行之前，對於關聯交易資訊揭露之相關法規主要還有財政部 1997 年公布實施之《企業會計準則- 關聯方關係及其交易的披露》、2001 年公布的《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》、證監會 1999 年 10 月公布並於 2004 年修訂之《關於進一步提高上市公司財務資訊披露品質的通知》，深圳、上海兩個證交所之上市規則、2007 年 12 月 28 日中國證券監督管理委員會公布之《關於做好上市公司 2007 年年度報告及相關工作的通知》。上述準則、規定、通知對於關聯交易資訊之揭露均有相關規定。其中，《企業會計準則- 關聯方關係及其交易的披露》針對關聯交易要求進行充分揭

⁵⁹ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，142 頁

露，《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》及《關於進一步提高上市公司財務資訊披露品質的通知》則側重於具體之會計處理方式：

一、1997年《企業會計準則- 關聯方關係及其交易的披露》與2006年《企業會計準則第36 號--關聯方披露》

中國大陸財政部1997年1月1日起施行之《企業會計準則- 關聯方關係及其交易的披露》第9條規定：「在存在控制關係的情況下，關聯方如為企業時，不論它們之間有無交易，都應當在會計報表附注中披露如下事項：(1)企業經濟性質或類型、名稱、法定代表人、註冊地、註冊資本及其變化；(2)企業的主營業務；(3)所持股份或權益及其變化。」。財政部另於2006年依照《企業會計準則—基本準則》公布《企業會計準則第36 號--關聯方披露》（下稱「36號準則」，於2007年1月1日施行），36號準則與《企業會計準則- 關聯方關係及其交易的披露》亦有相似之規定。於36號準則第9條規定：「企業無論是否發生關聯方交易，均應當在附注中披露與母公司和子公司有關的下列資訊：（一）母公司和子公司的名稱。母公司不是該企業最終控制方的，還應當披露最終控制方名稱。母公司和最終控制方均不對外提供財務報表的，還應當披露母公司之上與其最相近的對外提供財務報表的母公司名稱。（二）母公司和子公司的業務性質、註冊地、註冊資本（或實收資本、股本）及其變化。（三）母公司對該企業或者該企業對子公司的持股比例和表決權比例。」相較於1997年施行之《企業會計準則- 關聯方關係及其交易的披露》，第36 號準則更強調了母子公司關係，並擴展到最終控制方及與其最相近的對外提供財務報表之母公司，此加強揭露要求，有力於預防非常規關聯交易及欺詐性關聯交易。但在存在控制關係之情況下，關聯方為企業時，用母公司與子公司之概括規定並不夠全面，顯有缺漏。第36號準則第3條規定「關聯方」之定義（一方控制、共同控制另一方或對另一方施加重大影響，以及兩方或兩方以上同受一方控制、共同控制或重大影響的，構成關聯方。⁶⁰），是對關聯關係進行公開之重要規定，因為持股比例及表決權比例決定了關聯方之間的影響程度，從而也決定了關聯交易發生的可能性大小，此規定比1997年之企業會計準則之規定更合理。

⁶⁰ 第36號準則第3條規定「控制」，是指有權決定一個企業的財務和經營政策，並能據以從該企業的經營活動中獲取利益。「共同控制」，是指按照合同約定對某項經濟活動所共有的控制，僅在與該項經濟活動相關的重要財務和經營決策需要分享控制權的投資方一致同意時存在。「重大影響」，是指對一個企業的財務和經營政策有參與決策的權力，但並不能夠控制或者與其他方一起共同控制這些政策的制定。

1997年會計企業準則第10、11規定：「在企業與關聯方發生交易的情況下，企業應當在會計報表附注中披露關聯方關係的性質、交易類型及其交易要素，這些要素一般包括：(1)交易的金額或相應比例；(2)未結算項目的金額或相應比例；(3)定價政策(包括沒有金額或只有象徵性金額的交易)。」、「關聯方交易應當分別關聯方以及交易類型予以披露，類型相同的關聯方交易，在不影響會計報表閱讀者正確理解的情況下可以合併披露」。相應於2006年之第36號準則第10、11條「企業與關聯方發生關聯方交易的，應當在附注中披露該關聯方關係的性質、交易類型及交易要素。交易要素至少應當包括：(一)交易的金額(二)未結算項目的金額、條款和條件，以及有關提供或取得擔保的資訊(三)未結算應收項目的壞帳準備金額(四)定價政策」、「關聯方交易應當分別關聯方以及交易類型予以披露。類型相似的關聯方交易，在不影響財務報表閱讀者正確理解關聯方交易對財務報表影響的情況下，可以合併披露。」，二者相較之下，36號準則少了沒有金額或只有象徵性金額之交易之定價政策揭露，但使得相似類型之關聯方交易亦可以合併揭露，不再如1997年之規定限定在「相同類型」之關聯交易始可合併揭露。另外，36號準則增加第12條「企業只有在提供確鑿證據的情況下，才能披露關聯方交易是公平交易。」此是為了保證揭露之準確可信，對公平交易之結論揭露應從嚴掌握。

此外，1997年《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》第2條還規定，本準則不要求：(1)在合併會計報表中披露包括在合併會計報表中的企業集團成員之間的交易；(2)在與合併會計報表一同提供的母公司會計報表中披露關聯方交易。2006年之第36號準則則改為「企業財務報表中應揭露所有關聯方關係及其交易的相關資訊。對外提供合併財務報表的，對於已經包括在合併範圍內各企業之間的交易不予揭露，但應揭露與合併範圍外各關聯方的關係及其交易。」修改後之規定雖較為簡潔明確，但實際上屬於合併財務報表範圍內之關聯方之間之交易，不一定能在報表中反映出來，因此第36號準則之論述規定將產生歧異：究竟是屬於合併財務報表範圍內之關聯方即可不予揭露，還是當關聯交易在合併報表內有反應時才不予揭露？在企業集團合併報表及揭露上，因36號準則於2007年1月1日才施行，故在此之前，因為1997年《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》不要求在集團合併報表中揭露成員之間之交易，亦不要求在與集團合併報表一同提供的)母公司會計報表中揭露關聯交易，有的公司便進行大量的集團內部擔保等關聯交易而不進行揭露。與《合併報表暫行規定》相比，中國大陸2006

年新的合併財務報表準則所依據之基本合併理論已發生變化，從注重母公司理論轉為注重實體理論。合併報表範圍的確定更著重在實質性控制，母公司對所有能控制之子公司均需納入合併範圍，而不一定考慮股權比例。所有者權益為負數之子公司，只要是持續經營的，也納入合併範圍。此一變革，有利於關聯關係之揭露。⁶¹

二、《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》

因鑑於1995年以來，某些中國大陸上市公司利用與關聯方之間顯失公平之交易操縱利潤，違背會計核算基本原則，嚴重違反了資本市場的「三公」原則。為了規範上市公司與關聯方之間出售資產等會計處理，真實反映上市公司的財務狀況及經營成果，中國財政部於2001年12月公布了《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》。該暫行規定第七條規定：「本規定所稱的關聯方按照相關企業會計制度和《企業會計準則-關聯方關係及其交易的披露》規定的存在關聯方關係的各種情況加以確定。上市公司應在會計報表附注中按照相關企業會計制度和準則的規定，對關聯方關係及其交易作充分的披露，對關聯交易價格的公允性作出特別說明，並分別說明資本公積期末餘額中有關關聯交易差價的性質、形成原因及金額。」⁶²

三、《關於進一步提高上市公司財務資訊披露品質的通知》

中國證監會於2004年公布之《關於進一步提高上市公司財務資訊披露品質的通知》第二條規定「關於關聯方關係及關聯交易價格的公允性」：「上市公司關聯交易的價格與交易物件的帳面價值或其市場通行價格存在較大差異，且對公司財務狀況和經營成果產生重大影響的，董事會應對定價依據等作出充分披露，並按照證券交易所股票上市規則的有關規定履行必要的程序。上市公司不得利用與關聯方之間顯失公允的交易調節利潤，在核算時違背有關會計準則和制度的規定；不得將關聯方交易非關聯化，掩蓋實質上的關聯方關係及交易，逃避關聯方

⁶¹ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，143頁。

⁶² 中華人民共和國財政部網站，http://www.mof.gov.cn/news/20050603_2023_7191.htm（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

關係及交易的披露，調節利潤。如果公司存在利用關聯方交易調節利潤的情形，有關責任人應承擔相應的責任。」此通知亦規定註冊會計師之責任：「註冊會計師在審計中應對關聯交易的真實性、合法性、有效性，交易價格的公允性，資訊披露的充分性與準確性予以適當的關注，並恰當地表示審計意見。尤其要關注關聯方關係非關聯化問題，對於與非正常業務關係單位或個人發生的偶發性或重大交易，缺乏明顯商業理由的交易，實質與形式明顯不符的交易，交易價格、條件、形式等明顯異常或顯失公允的交易，應當考慮是否為虛構的交易、是否實質上是關聯方交易、或該交易背後還有其他安排，並視其重要性程度考慮對審計意見的影響。」

四、深圳、上海兩個證交所之上市規則

依《深圳證券交易所股票上市規則》（2006年5月修訂）規定，上市公司與關聯自然人發生的交易金額在30萬元以上的關聯交易，或上市公司與關聯法人發生的交易金額在300萬元以上，且占上市公司最近一期經審計淨資產絕對值0.5%以上的關聯交易，均應當及時揭露。上市公司揭露關聯交易事項時，應當向證券交易所提交公告文稿、該上市規則9.14條第（二）項至第（五）項所列檔、獨立董事事前認可該交易的書面檔、獨立董事意見、證券交易所要求提供的其他檔。上市公司揭露之關聯交易公告應當包括以下內容：（一）交易概述及交易標的基本情況；（二）獨立董事的事前認可情況和發表的獨立意見；（三）董事會表決情況（如適用）；（四）交易各方的關聯關係說明和關聯人基本情況；（五）交易的定價政策及定價依據，包括成交價格與交易標的帳面值、評估值以及明確、公允的市場價格之間的關係，以及因交易標的特殊而需要說明的與定價有關的其他特定事項。若成交價格與帳面值、評估值或市場價格差異較大的，應當說明原因。如交易有失公允的，還應當披露本次關聯交易所產生的利益轉移方向；（六）交易協定的主要內容，包括交易價格、交易結算方式、關聯人在交易中所占權益的性質和比重，協議生效條件、生效時間、履行期限等。（七）交易目的及對上市公司的影響，包括進行此次關聯交易的必要性和真實意圖，對本期和未來財務狀況和經營成果的影響等；（八）當年年初至披露日與該關聯人累計已發生的各類關聯交易的總金額；（九）上市規則9.15條規定的其他內容；（十）中國證監會和本所要求的有助於說明交易實質的其他內容。已經公司董事會或者股

東大會審議通過且正在執行的日常關聯交易協定，如果執行過程中主要條款未發生重大變化的，公司應當在定期報告中按要求揭露相關協定的實際履行情況，並說明是否符合協議的規定。對於預計範圍內的日常關聯交易，公司應當在定期報告中予以揭露。如果在實際執行中日常關聯交易金額超過預計總金額的，公司應當依照超出金額重新提交董事會或者股東大會審議並予以揭露。

五、《關於做好上市公司 2007 年年度報告及相關工作的通知》

中國證券監督管理委員會為保證上市公司資訊披露的真實、準確、完整、及時和公平，提高上市公司資訊披露品質，推動上市公司貫徹執行 2007 年正式施行的《企業會計準則 2006》（以下簡稱“新會計準則”）及《公開發行證券的公司資訊披露內容與格式準則第 2 號〈年度報告的內容與格式〉》（2007 年修訂，以下簡稱《年報準則》），就上市公司 2007 年年報的編制和披露工作的有關事項，於 2007 年 12 月 28 日公布《關於做好上市公司 2007 年年度報告及相關工作的通知》（證監公司字[2007]235 號）。依該通知第五項「上市公司實際控制人的披露」規定，上市公司應當按照《年報準則》之要求，準確揭露公司的控股股東和實際控制人，包括以信託方式形成實際控制人和無法確定實際控制人的情形。上市公司無法確定實際控制人的，應當揭露最終控制層面持股 5% 以上股東的情況。無法確定實際控制人的情況是指：最終控制層面存在多位自然人或自然人控制的法人共同持股的情形，且其中沒有一人的持股比例超過 50%，各自的持股比例比較接近。持股比例是指持有或控制下一級控制層面公司的股份比例。上市公司控股股東、實際控制人等相關資訊揭露義務人，應當按照有關規定履行資訊揭露義務，並及時將控制關係的變動情況告知上市公司。⁶³

第三項 小結

如上所述中，中國大陸現行關聯交易揭露制度之相關規定不盡完善，況且連這些不夠完善之規定在執行上亦不理想，關聯交易之隱形化、不揭露、揭露不完

⁶³ 中國證券監督管理委員會，
<http://www.csrc.gov.cn/n575458/n575667/n4231514/n4231533/n4696680/8834906.html>（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

整及虛假揭露之情況時有所聞，其中揭露不完整之情形最顯著。首先是法令揭露要求之不完整：只要求上市公司揭露關聯交易資訊，而對非上市公司在制度上要求不足，而且欠缺對董事之借貸、擔保等進行資訊揭露之要求，從而實務運作中非上市公司往往不揭露相關關聯關係及關聯交易之訊息。其次，有些上市公司不能正確理解或有意曲解關聯方及關聯交易之含意，從而不能完整揭露關聯交易相關訊息：例如，未正確理解《企業會計準則第 36 號--關聯方披露》規定，認為只要不進行交易，就不需揭露存在關聯關係之情況；只揭露控股之關聯方而不對子公司等其他關聯方進行揭露，或者正好相反；或將為關連方提供之擔保只列在或有負債項目中，而未揭示該項目屬實質關聯交易；另亦有公司透過形式上之非關聯化處理，從而規避揭露義務。再者，有揭露內容上具有不完整性：《企業會計準則第 36 號--關聯方披露》要求揭露關聯方關係主要事項包括：（一）母公司和子公司的名稱。母公司不是該企業最終控制方的，還應當披露最終控制方名稱。母公司和最終控制方均不對外提供財務報表的，還應當披露母公司之上與其最相近的對外提供財務報表的母公司名稱。（二）母公司和子公司的業務性質、註冊地、註冊資本（或實收資本、股本）及其變化。（三）母公司對該企業或者該企業對子公司的持股比例和表決權比例。同時規定應至少揭露關聯交易之四要素：（一）交易金額（二）未結算項目的金額、條款和條件以及有關提供或取得擔保的資訊（三）未結算應收項目的壞帳準備金額（四）定價政策。但相當多上市公司均未按規定辦理，有的是因為技術上原因，更多是因為主觀上不願意揭露。多數上市公司對關聯交易有一定之揭露，但在交易價格、交易內容上卻模糊處理，有的只揭露交易量卻不提及交易金額，有的只提總金額卻不提數量和單價及定價方法。此外，未及時揭露之情形亦不少，一些中國大陸上市公司在進行關聯交易時有意不揭露，待下一年度按規定進行會計調整時再輕描淡寫提及，實際控制揭露之人知道如採此方式，屆時報表使用人對揭露內容之關注度已降低不少，且對已發生之交易已不會再更改，如此正好能達到其推動、批准關聯交易並從中受益之目的。⁶⁴此外，中國法律雖然訂有關於上市公司揭露義務之規定，但卻欠缺合理之相關責任條款。

針對以上問題，中國大陸當前應從以下幾方面改善關聯交易之資訊揭露制度：一、提高法規層級：將《上市公司章程指引》、《企業會計準則第 36 號--關聯方披露》、《關於提高上市公司財務資訊披露質量之通知》、《股票上市規

⁶⁴ 陳瑜，關於上市公司關連方關係及其交易之比較分析，當代經濟科學，2002 年 02 期，145 頁。

則》等合理規定納入公司法、證券法、會計法等法律中以使關聯交易揭露相關法律制度更完善，並注意各法令相互間之協調性。二、區分重大、較重大及一般關聯交易，要求對較重大以上之關聯交易必須進行全部揭露。三、完善揭露之豁免制度。四、增加有關非上市公司揭露義務之規定，只要是重大關聯交易，不論是上市公司或非上市公司均應進行揭露。五、完善有關公司對董事、監察人和其他高級管理人借貸、擔保等事項之揭露要求。六、確立內部獨立審計委員會制度，建立對公司關聯交易之外部專項審計制度，增加對關聯關係及關聯交易之審計強度。⁶⁵七、完善隱瞞關聯交易、揭露不完整、不及時揭露、及虛假披露之民事責任制度。

第五節 改進公司上市輔導與保薦制度

第一項 中國大陸上市輔導制度

鑑於中國證券市場上，於1993年訂定《股票發行與交易管理暫行條例》後，控制股東利用上市公司利益輸送之醜聞不斷，顯露出極大之社會危害性。中國大陸證監會為了保證公開發行股票公司按照《中華人民共和國公司法》和《股票發行與交易管理暫行條例》的規定，建立規範的組織制度和運行機制，促進上市公司轉換經營機制，提高上市公司的品質，就有關輔導事宜於1995年發布了《關於對公開發行股票公司進行輔導的通知》，該通知規定「取得國家股票發行計畫額度的公司，在其股票發行與上市過程中，應聘請承銷機構進行輔導工作，並在簽定承銷協定的同時簽訂輔導協定。」輔導期自公司與證券經營機構簽訂證券承銷協定和輔導協定起，至公司股票上市後一年止。輔導期包括承銷過程的輔導和上市後的持續輔導兩個階段。承銷過程的輔導內容主要包括：（一）對公司發起人的高級管理人員和擬擔任公司高級職務的人員進行培訓。培訓的內容包括《公司法》、證券法規中有關上述人員責任義務的條款及與發行和上市有關的證券知識、法律、法規和政策等；（二）協助公司進行資產重組，界定產權關係；（三）按照《公司法》制定公司章程，建立規範的組織機構；（四）協助公司進行帳務調整，執行股份制企業會計制度；（五）制定籌措資金的使用計畫；（六）協調各

⁶⁵ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，146頁。

中介機構，製作規範的股票發行申報材料；(七) 其他相關的輔導內容。

而上市持續輔導階段應幫助公司及其高級管理人員做好以下工作：(一) 督促公司嚴格執行《公司法》、公司章程，保證股東大會、董事會、監事會等依法履行職責。(二) 嚴格按照上市公司資訊披露的要求披露資訊。(三) 按發行募集計畫合理地運用資金。(四) 制定規範的財務管理制度，嚴格執行國家財務管理法規，按照上市公司利潤分配的有關規定分配股利。(五) 編制年度財務報告、中期財務報告。(六) 完善內部監督機制，建立內部控制制度。(七) 切實保護中小股東的利益。(八) 制定董事、監事及高級管理人員切實履行誠信義務的辦法。(九) 嚴格按照《股票條例》有關上市公司的股票交易規定運作。(十) 其他有關需要輔導的內容。此通知在完善公司治理結構、防止上市公司關聯交易方面發揮了一定的作用，但對於上市後持續輔導規定實施效果並不理想。

2003年3月16日中國大陸證監會公布《中國證監會股票發行核准程式》(已於2006年5月18日廢止)第一條即規定：為不斷提高股票發行工作水準，主承銷商在報送申請文件前，應對發行人輔導一年，並出具承諾函。而為落實《中國證監會股票發行核准程式》中關於主承銷商在報送申請文件前應對發行人輔導一年的規定，保證公開發行股票公司嚴格按照《中華人民共和國公司法》、《中華人民共和國證券法》等法律法規建立規範的法人治理結構和完善的運行機制，證監會同時公布《股票發行上市輔導工作暫行辦法》並廢止《關於對公開發行股票公司進行輔導的通知》，《股票發行上市輔導工作暫行辦法》進一步將《中國證監會股票發行核准程式》第一條規定細節化，依照《股票發行上市輔導工作暫行辦法》第二條規定：「擬公開發行股票(A、B股)的股份有限公司(以下稱擬發行公司)應符合《公司法》的各項規定，在向中國證監會提出股票發行申請前，均須具有主承銷資格的證券公司(以下稱輔導機構)輔導，輔導期限為一年。」第五條規定輔導內容主要包括以下方面：... 2.股份有限公司人事、財務、資產及供、產、銷系統獨立完整性。... 5.依照股份公司會議制度建立健全公司財務會計制度。... 6.建立健全公司決策制度和內部控制制度，實現有效運作。... 8.規範股份公司和控股股東及其他關聯方的關係。第十七條還列舉證監會認定輔導不合格之三種情形，其中第一種情形為「擬發行公司存在重大法律障礙，不能實現規範運作」，解釋上應包括擬上市公司欠缺上述的「獨立完整性」及「存在重大關聯交易的情況」。同時，在《股票發行上市輔導工作暫行辦法》附表二「股票發行上市輔導報告」及附表三「發行上市輔導匯總報告」中都需報告該公司人事、

財務、資產及供、產、銷系統是否獨立、是否有重大關聯交易、以及股東會、董事會、監事會是否依照規範運作。此規定之出發點，是使公司準備上市前就儘可能消除可能產生不當關聯交易之基礎。⁶⁶

2001年12月5日中國證監會又再另行公布施行《首次公開發行股票輔導工作辦法》，並同時廢止上述之《股票發行上市輔導工作暫行辦法》（證監發〔2000〕17號）及《關於公司公告擬公開發行股票並上市有關事宜的通知》（證監發行字〔2000〕141號）。此《首次公開發行股票輔導工作辦法》對從事上市前輔導工作的主承銷商等中介機構、擬首次公開發行股票的公司以及監管機構之行為予以規範。本辦法第三條明確規範輔導工作之總體目標是促進受輔導之公司（本辦法稱為「輔導物件」）建立良好的公司治理、形成獨立運營和持續發展的能力、督促擬公開發行股票公司的董事、監事、高級管理人員全面理解發行上市有關法律法規、證券市場規範運作和資訊披露的要求、樹立進入證券市場的誠信意識、法制意識及具備進入證券市場的基本條件。同時促進輔導機構及參與輔導工作的其他中介機構履行勤勉盡責義務。輔導機構在輔導過程中發現輔導物件存在重大法律障礙或風險隱患的，可提出解除輔導協議，同時應向輔導物件明確提出意見，並向派出機構書面說明情況。此外，輔導機構應督促公司的董事（包括獨立董事）、監事、高級管理人員及持有5%以上（含5%）股份的股東（或其法定代表人）進行全面的法規知識學習或培訓，聘請機構內部或外部的專業人員進行必要的授課，確信其理解發行上市有關法律、法規和規則，理解作為公眾公司規範運作、資訊披露和履行承諾等方面的責任和義務。輔導機構應通過輔導督促輔導對象按照有關規定初步建立符合現代企業制度要求的公司治理基礎，促進輔導物件的董事、監事和高級管理人員以及持有5%以上（含5%）股份的股東（或其法定代表人）增強法制觀念和誠信意識。本辦法第三十四條更明訂：「輔導機構應督促規範輔導物件與控股股東及其他關聯方的關係。」輔導機構亦應督促輔導物件建立和完善規範的內部決策和控制制度，形成有效的財務、投資以及內部約束和激勵制度。也應督促輔導物件建立健全公司財務會計管理體系，杜絕會計虛假。上述均有助於預防非常規關聯交易之發生。且本辦法第二條將適用範圍進行新限定：「凡擬在中華人民共和國境內首次公開發行股票的股份有限公司（以下稱“輔導對象”），在提出首次公開發行股票申請前，應按本辦法的規定聘請輔導機構進行輔導。但中國證監會另有規定的除外」將輔導限定在公司首次公開發

⁶⁶ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，147頁。

行之前，不再提上市後之輔導，且規定除證監會另有規定之外均應進行輔導。並於第4條將輔導期限規定為「至少為一年」（輔導期自輔導機構向輔導對象所在地的中國證監會派出機構報送備案材料後，派出機構進行備案登記之日開始計算，至派出機構出具監管報告之日結束），而非以前規定之「一年」，整體上延長了承銷商輔導之時間。本辦法附件二「《輔導工作備案報告》必備內容」要求揭露輔導物件的其他情況主要包括：業務、資產、人員、財務、機構獨立完整的情況；股東大會、董事會、監事會依法召開規範運作的情況；股東大會決議、董事會決議執行的情況；董事、監事、高級管理人員勤勉盡責的情況；重大決策制度的制定和變更是否符合法定程序；關聯交易及其決策的情況；內部控制制度和約束機制的有效性評價；內部審計制度是否健全；是否發現存在財務虛假情況；有無重大訴訟和糾紛。而如被認定輔導工作不合格的，證監會可視情況對輔導機構及其有關責任人予以單處或並處通報批評、警告、暫停直至取消輔導業務資格、暫停直至取消從業資格的處罰。透過上述上市輔導制度之規定，一方面因強調獨立性和規範性能預先直接阻止部分不當關聯交易之發生，另一方面因與上市審核相結合亦能對擬上市之公司進行關聯交易發生威嚇作用⁶⁷。換言之，上市輔導制度能某程度促使擬上市公司之關聯交易於擬上市前盡可能減少並且盡量避免關聯交易之非常規性。

第二項 中國大陸保薦制度

一、《證券發行上市保薦制度暫行辦法》

與上市輔導制度功能相似的還有「保薦制度」，是指由保薦人負責發行人的上市推薦和輔導，核實公司發行檔與上市檔中資料是否真實準確完整，協助發行人建立嚴格的資訊披露制度，承擔風險防範責任。簡言之，保薦制將使券商負有一定的連帶擔保責任，實施證券發行上市保薦制度是中國證監會深化發行制度改革重大舉措之一，是對證券發行上市建立市場約束機制的重要制度探索。中國證監會借鑒英國證交所、香港聯交所之保薦制度經驗於2003年12月28日公布《證券發行上市保薦制度暫行辦法》，決定從2004年2月1日起在中國證券市場上施行保薦制度，並在2005年新修改之證券法正式引進了保薦制度。證券經營機

⁶⁷ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，148頁。

構履行保薦職責，應當具有主承銷商資格，並依照本辦法的規定註冊登記為保薦機構。個人申請註冊登記為保薦代表人的，應當具有證券從業資格、取得執業證書且符合法令各項要求，通過所任職的保薦機構向中國證監會提出申請，並提供有關證明檔和聲明經中國證監會註冊登記並列入保薦機構、保薦代表人名單（以下簡稱「名單」）的證券經營機構、個人，可以依照本辦法規定從事保薦工作。未經中國證監會註冊登記為保薦機構、保薦代表人並列入名單，任何機構、個人不得從事保薦工作。保薦機構在推薦發行人首次公開發行股票前，應當按照中國證監會的規定對發行人進行輔導。發行人證券上市後，保薦機構應當持續督導其履行規範運作、信守承諾、資訊披露等義務。保薦制度設計之一大制度目標也是要控制非常規關聯交易。⁶⁸《證券發行上市保薦制度暫行辦法》第 21 條規定，「發行人經輔導符合下列要求的，保薦機構方可推薦其股票發行上市：... (二)與發起人、大股東、實際控制人之間在業務、資產、人員、機構、財務等方面相互獨立，不存在同業競爭、顯失公允的關聯交易以及影響發行人獨立運作的其他行為」；本辦法第 28 條規定，「保薦機構應當針對發行人具體情況確定持續督導的內容和重點，承擔下列工作：（一）督導發行人有效執行並完善防止大股東、其他關聯方違規佔用發行人資源的制度；（二）督導發行人有效執行並完善防止高管人員利用職務之便損害發行人利益的內控制度；（三）督導發行人有效執行並完善保障關聯交易公允性和合規性的制度，並對關聯交易發表意見。...」第 67 條亦規定，「發行人在持續督導期間出現下列情形之一的，中國證監會自確認之日起三個月內不再受理相關保薦代表人具體負責的推薦：（二）關聯交易顯失公允或程序違規，涉及金額超過前一年末經審計淨資產 5% 或者影響損益超過前一年經審計淨利潤 10%；（三）大股東、實際控制人或其他關聯方違規佔用發行人資源，涉及金額超過前一年末經審計淨資產 5% 或者影響損益超過前一年經審計淨利潤 10%；（四）違規為他人提供擔保涉及金額超過前一年末經審計淨資產 10% 或者影響損益超過前一年經審計淨利潤 10%；（五）違規購買或出售資產、借款、委託資產管理等，涉及金額超過前一年末經審計淨資產 10% 或者影響損益超過前一年經審計淨利潤 10%；（六）高管人員侵佔發行人利益受到行政處罰或被追究刑事責任。」而自保薦機構向中國證監會提交推薦檔之日起，保薦機構及其保薦代表人承擔相應的責任。此外，為避免利害衝突，該第 35 條也規定：「存在下列可能影響公正履行保薦職責情形的，保薦機構不得推薦發行人證券發行上市：

（一）保薦機構及其大股東、實際控制人、重要關聯方持有發行人的股份合計超

⁶⁸ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，148~149 頁。

過 7%；（二）發行人持有或控制保薦機構股份超過 7%；（三）保薦機構的保薦代表人和董事、監事、經理、其他高級管理人員擁有發行人權益、在發行人任職等可能影響公正履行保薦職責的情形；（四）保薦機構及其大股東、實際控制人、重要關聯方為發行人提供擔保或融資。」因此，擬上市之公司在選聘輔導機構時，要想同時讓其作為上市保薦機構，還需考量上述關聯關係之約束。上述規定與上市審批之結合，原則上應能在一定程度上抑制非常規性關聯交易之發生。

二、保薦人制度之問題

保薦人制度實施以來，總體狀況並不令業界滿意。在第一批保薦代表人誕生時，市場各方給予了大量的好評，認為此將有效促進各證券公司加大對投資銀行業務人員的培訓和監督。更重要的是可以推動整個投資銀行業學習相關的法律和業務知識，建立一個具有流動性的投資銀行高階人才庫，但事實情況並非如此。2004 年 3 月 25 日，首次保薦代表人考試放榜：93 家證券經營機構的 1549 名參考從事投資銀行業務人員，最後僅有 81 家機構的 614 人通過考試，通過率不到 40%。在進行首批保薦機構和保薦代表人的註冊登記當中，有些證券經營機構由於考試人員沒有上榜而失去利潤豐厚的投資銀行業務。因為《證券發行上市保薦制度暫行辦法》規定，證券經營機構如要註冊登記為保薦機構，需要符合「保薦代表人數不得少於 2 人」之要求。而從考試結果來看，有 12 家證券經營機構沒有一名成績合格者，另有 14 家證券經營機構的通過人數不足 2 名。由於保薦代表人數有限，屬稀少資源，故擁有保薦人數較多的證券公司，會在保薦人的流動上設置種種障礙，阻止其流動。除此之外，保薦制度暫行辦法中規定，已註冊登記為保薦代表人的，其資格不是終身制，應當持續符合相關要求，同時需符合「在兩年內至少擔任過一個境內外已完成證券發行專案的保薦代表人」之要求，否則，將被從保薦代表人名單中去除。此將造成如果保薦人所在之證券商綜合實力弱，或擁有多於現有通道太多的保薦人資格的投行人員，將面臨很大生存壓力。其實，目前擁有保薦人數較多的券商一直通過加薪或簽訂長期協定等方式竭力挽留原有保薦人，而擁有保薦人數較少的券商與準備拉攏加盟的保薦人之間的聯繫也從沒有斷過⁶⁹。對於保薦人違規和各證券公司爭奪保薦人的事件不斷發生。

⁶⁹ 崔明霞，證券發行制度之革命性變革——從行政審批制到保薦人制度，團結，2004 年 06 期，126~145 頁。

其次，保薦人制度最為核心問題即是責任追究機制，而此種機制之核心是誠信原則。如果沒有保薦人的誠信，責任追究機制即難以落實。而保薦人代表的誠信並非某種抽象的概念，而是完全落實在個人的每一個行為中。中國大陸之保薦人制度實施中所發生的問題在於如何來讓廣大投資者相信保薦人所代表之誠信。資格考試時的保薦人代表報名，即有媒體披露有考試資格認可上做假、考前洩題等問題。雖可能是媒體空穴來風，但如果保薦人制度的底線無法確定保證制度確定性，則該制度的誠信法則甚難建立。更為嚴重的是，一旦弄虛作假的保薦人代表能夠矇騙過關，取得保薦人代表資格，不僅會對整個制度設計起到壞的示範作用，且這類人肯定會與擬上市公司合謀來欺騙投資者⁷⁰。因此，監管部門應該對已獲得保薦人代表資格的人的資歷、資格、考試成績等方面重新審查，並公示社會。如此既可化解民眾對保薦人代表之質疑，也能真正落實保薦人制度之誠信原則。

第三項 輔導與保薦制度之不足及改進之道

上市輔導及保薦制度雖能某程度達到預防關聯交易之目的，但作用有限且成本亦不低。不應過份高估此二制度之積極作用，其仍有其局限性如下：

一、上市輔導及保薦制度強化了上市審核之作用而易誤導投資者：

上市輔導和保薦是與上市審核緊密相連，因此為達到輔導與保薦制度之目的，將增加審核之力度，如此將導致一些公司不願意接受輔導、保薦，而透過借殼上市之方式以規避此制度。且審查過多將誤導投資人，使投資人產生以為證監會已嚴格把關之錯覺，而過份依賴證監會之審核。

二、輔導與保薦作為首次上市發行之法定程序，提高了公司上市之門檻：

在時間上，至少需一年之時間要求。而必須聘請輔導和保薦機關進行輔導和保薦亦需由公司支付大筆費用。

⁷⁰ 吳飛，保薦人制度的效力辨析--以證券發行上市保薦制度暫行辦法為中心，金融法路徑，北京大學出版社 2004 年版，319~320 頁。

三、時間上規定至少一年之輔導期而未規定上限，可能助長個別輔導機關為多收費而延長輔導期之不良風氣：

從輔導行為中獲取經濟利益是輔導機關之直接目標，時間延長可為其增加收費創造機會。在不按輔導時間而是按上市任務之完成始收費之條件下，又可能發生應付或造假之情形。

四、可能增加虛假及相關監管部門工作人員徇私之可能：

公司為達到上市目的，有的輔導和保薦對象不惜向輔導及保薦之最終評定部門行賄，甚至輔導和保薦機構與工作對象聯合以形式符合之造假方式應付評定及監管機構。

五、保薦人調查關聯交易之途徑極為有限：

在中國大陸徵信制度上不健全之情況下，保薦人不能參加發行人各種會議，對關聯交易之資訊實難以掌控，因此要求保薦人對發行人公開募集檔中有中介機構及其簽名人員出具專業意見之內容進行審慎核查，實際上對保薦人提出過高要求，責任也顯得過嚴。

從整體上觀之，上市輔導有利於不當關聯交易之防範，應可繼續沿用，但考慮現行制度上之上述不足，應作以下改進：一、改強制性為倡導性，提倡公司自願選聘輔導機構進行輔導。二、將上市輔導與上市審核脫勾，即上市輔導的相關情況只向證監會登記備案，而不作為上市發行核准之上報材料，避免過於依賴和強調上市核准。三、對上市輔導不作時間上之硬性要求，當輔導機構和公司認為基本成熟時即可結束輔導。同為防止輔導機構出於收費考量故意常輔導期，適當規定某一個輔導機構對擬上市公司進行到輔導期限的上限還不能達其目標時，應改由其他輔導機構進行輔導⁷¹。

對於保薦制度，當前中國與其配套的註冊登記發行制尚未確立，直接在主板市場上全面施行單個保薦制度有超前之嫌，但考慮到保薦制度之功能及中國當前

⁷¹ 賀志新，于忠龍，我國證券市場保薦人制度法律問題解析，甘肅政法成人教育學院學報，2006年02期，75~90頁。

非常規關聯交易氾濫，應仍有必要保留保薦制度，因此應可進行下列方面之改進：一、中國證監會應使深圳及上海證券交易所的股票上市規則，充分發揮交易所之市場監督職能，實現發行與上市監管分離。二、合理區分保薦人與其他中介機構之責任。三、完善對保薦人之懲罰及激勵機制：增加對保薦人失職行為之經濟處罰，對故意嚴重違法增加處罰力度並對其實行「市場禁入」、減輕保薦人因制度原因而承擔的過重責任。四、配套完善社會徵信制度，促進保薦人調查職能有效發揮。⁷²

第六節 實施預約定價制

第一項 預約定價制之由來與作用

西元 1960 年代以來，跨國企業蓬勃發展，藉由租稅安排以避稅之案例層出不窮。到 20 世紀 60 年代後，不同國家與地區的稅率差異成為影響跨國集團利潤的重要因素，移轉訂價成為企業集團稅收籌畫之重要手段⁷³。隨著企業所有權結構複雜性提高，企業出現存在多個關聯方之情形，移轉訂價進一步成為企業集團平衡投資成本、控制利潤分配、並利用所有權與控制權獲得最大化投資回報的管理策略。跨國關聯企業間常透過「移轉訂價」(Transfer Pricing，或稱轉讓定價、轉讓價格)將利潤轉移至享受稅捐優惠之關聯方所在國家或區域而導致另一國或地區之原本稅收減少。移轉訂價是指關聯企業之間轉讓商品、勞務或無形資產之內部定價機制，本來是一個中性的概念，只是反映關聯企業內部的一種定價原則，但越來越多的關聯企業利用它來達到逃稅或避稅之目的。

企業發生移轉訂價讓行為以後，稅務機關應當對其轉讓定價行為予以調整，調整之基本原則是按照「公平交易價格」來確定其轉讓行為的價格，並按照此一價格來調整雙方的利潤和所得稅。確定公平交易價格的方法包括「可比非受控價格法」、「再銷售價格法」、「成本加利法」、「利潤分割法」、「比較價格法」、「比較利潤法」、「比較分割法」等，但因實踐中暴露了許多弊端，很難通過上述方法獲得公平交易價格。為找到一種徵納雙方都能接受的調整方法，以協調稅

⁷² 郭宗銘，企業對移轉訂價之稅務管理，財團法人資誠教育基金會，2005 年 1 月，13 頁。

⁷³ 慕銀平，關聯企業轉移訂價研究綜述，管理科學學報，2004 年 7 期，86~93 頁

務當局與納稅人之間的關係，因此「預約定價制」則應運而出，以因應關聯企業間之轉移定價行為所造成之稅收短少問題，又給予關聯方一定之靈活性。「預約定價制」又稱為「預約定價協議」或「預約定價安排」，即 Advance Pricing Arrangement（簡稱 APA），是納稅人與其關聯方在關聯交易發生之前，向稅務機關提出申請，主管稅務機關和納稅人之間通過事先制定一系列合理的標準（包括關聯交易所適用的轉讓定價原則和計算方法等），來解決和確定未來一個固定時期內關聯交易的定價及相應的稅收問題。OECD 對預約訂價協議之定義為：稅務機關與納稅人在受控交易發生之前，就一定期限內交易之移轉訂價問題確定一套適當之標準與重要假設之安排。預約訂價制已是國際通行的一種轉讓定價調整方法。

預約訂價制是從美國等西方國家借鑒而來之制度。一般認為，預約訂價協議是源自於 80 年代美國通用歐洲分公司與美國稅務機關之間的稅務處理方案建議。1986 年美國國內收入局開始與外國稅務官員討論如何減少轉讓訂價爭議之預先解決方案。1987 年，日本開始嘗試適用事先確認體制(pre-confirmation system, PCS)由日本納稅義務人與外國公司之交易價格被稅務當局事先確認為正常交易價格後，即不再受到檢查。1989 年美國國內稅收局依據草擬的預先決定規則及現行預約訂價規則（APA）之前身，開始與納稅人進行試驗性稅務談判。在此基礎上，1990 年 6 月正式公布《Draft Procedure on Advance Determination Ruling(預約決定規則程式草案)》，並於 1991 年 1 月簽訂了第一個協議。該草案經修改於 1991 年以《Revenue Procedure 91-22（稅收程式）》發布。美國國內稅收局還專門成立預約訂價協議項目辦公室，專門負責對納稅人提出之預約訂價申請進行評審、談判與簽約。1996 年。此《稅收程式》及《聯合協商指導手冊》對 APA 進行了修改，使整個協商程序向合作、效率方向邁進。1998 年另又專門針對小企業發布規則，簡化其申請 APA 之程序及手續、降低其申請費用，吸引更多企業採用 APA。自 1991 在美國正式實行以來，以其高效、便捷和有利於建立和諧的納稅人和稅務機關關係的優點而迅速在西方國家推行。加拿大、墨西哥、澳洲、西班牙、德國、荷蘭、英國、紐西蘭、韓國等日本、亦都各自發展了 APA。OECD 也於 1999 年 10 月發布了《Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements Under the Mutual Agreement Procedure(相互協商程式下制訂預約訂價安排指南)》。

從上述發展歷程可看出，預約訂價協議從最初的單邊預約訂價協議（即徵納雙方當事人之間就納稅人與其國外關聯方間進行轉讓訂價時應納稅所得之計算

辦法所預先商訂之協議)，隨著不同國家對預約訂價制之接受，開始出現多邊（含雙邊）預約訂價協議⁷⁴。多邊預約訂價協議是指納稅人與所屬徵稅當局及納稅人關聯方所在的外國稅務當局之間，預先就納稅人移轉訂價時繳稅問題達成之協議。此協議可協調不同國家或地區之間之稅收，合理分配稅收又避免雙重課稅，並能相對地具體確定納稅人之納稅義務及權利。

預約定價透過稅務機關事先與納稅人商定企業進行關聯交易所使用的定價原則和方法，從而避免了稅務機關事後對納稅人進行調整所導致的調查困難、定價困難以及激化納稅人與稅務機關矛盾衝突等弊端，為納稅人與稅務機關關係奠定較對等之基礎。此預約定價制度表明納稅人與稅務機關是平等的法律關係主體，雙方均享有對等之權利和義務，也有義務通過平等協商來妥善處理雙方間行使權利和履行義務之具體方式問題。預約定價第一次在法律制度上將納稅人置於與稅務機關同等之地位上。預約定價是納稅人與稅務機關雙方意思表示一致的產物，使他們之間的契約對雙方都具有約束力。納稅人只要遵守了安排所有條款及約定要求，稅務機關應認可與事先約定的有關定價事項。此外，預約定價把事後的稅務稽查及稅收調整變成了事先的稅務協商及稅收契約，將事後納稅人與稅務機關之間的對抗關係變成事先的合作關係，將事後稅務機關高高在上的地位及面對複雜交易關係而力不從心的窘態變成了事先稅務機關與納稅人平起平坐之地位及擁有納稅人提供的豐富材料和資訊之優越狀態，將事後納稅人忐忑不安的心態和避之唯恐不及的態度變成了事先納稅人從容不迫的心態及心安理得地進行關聯交易的態度。換言之，在理想上，預約定價制度是欲將納稅人與稅務機關之間的傳統完全對立關係轉變成了一種嶄新的和諧關係⁷⁵。

第二項 中國大陸實施預約定價制度之沿革

目前全球化已是無法抵擋的國際潮流，各種產業之企業朝向以「全球運籌」為營運思維，積極在全世界各地尋求整合各種資源的可能性。而中國大陸為潛力極大的經濟體，大多外商(尤其是台商)在全球運籌之佈局，多考量將管理、行銷及研發功能留在投資母國(Home country)，並投資設立境外子公司或大陸子公司

⁷⁴ 李建偉，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年6月，165頁。

⁷⁵ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，154頁。

進行製造生產(host countries)。由於多數外商仍會維持其在母公司之營運，而大陸子公司主要機器設備、原材料及半成品等中間投入，多以向母公司或台灣的供應商採購，但其中企業可能會透過境外公司進行投資，因此為避免企業將利潤移轉到境外免稅天堂，海峽兩岸稅務機關近年來均開始展開關係企業之移轉訂價查核。依據中國商務部統計資料顯示，中國在加入WTO後，外商實際投資額增幅高達15%。截至2004年8月底，累計批准設立外商投資企業494025家，全國累計實際使用外資金額5450.29億美元。然而總數達49萬多家的外企中，平均虧損面達到51%—55%，年虧損金額逾1200億元。這種越虧損越投資之現象一般而言很不正常，導致此一現象之重要因素即是外商投資企業實際上經營是有盈餘的，但卻利用移轉定價將利潤轉移至關係企業以達到表面虧損之現象，從而規避中國大陸企業所得稅。據中國國家稅務總局的相關官員表示，中國每年因跨國企業避稅而損失的稅收收入約為300億元，而移轉定價實現的避稅總額在跨國公司避稅總額中約占60%。在最早的經濟特區深圳，在80年代即已顯現此一問題，為了有效因應此移轉訂價所帶來之稅收流失⁷⁶，中國深圳市政府於1987年11月頒佈了《深圳特區外商投資企業與關聯公司交易業務稅務管理的暫行辦法》並於1988年1月1日施行，此是中國最早因應關聯交易中移轉訂價問題之法令，而最早之法律則是1991年通過的《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》。

一、《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》

中國大陸於1991年7月1日施行之《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》⁷⁷第13條及《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》第四章首次從稅收的角度規範外商投資企業及外國企業之「關聯企業業務往來」（所謂「外商投資企業」包括在中國境內設立的中外合資經營企業、中外合作經營企業和外資企業；「外國企業」指在中國境內設立機構、場所，從

⁷⁶ 李志剛，以「公法之債」之視角解讀「預約訂價」制度，中國財稅法網，http://www.cntl.cn/show.asp?c_id=22&a_id=662（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

⁷⁷ 中國大陸於2007年3月16日通過「中華人民共和國企業所得稅法（以下簡稱新稅法）」，自2008年1月1日起施行。「中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法」和「中華人民共和國企業所得稅暫行條例」自2008年1月1日同時廢止。

事生產、經營和雖未設立機構、場所，而有來源於中國境內所得的外國公司、企業和其他經濟組織)，如企業與關聯企業之間的往來(包括購銷業務、融通資金所支付或收取之利息、提供勞務、轉讓財產、提供財產使用權等)，不按獨立企業之間的業務往來作價，當地稅務機關即可依照該法之規定方法進行調整，此確認了關聯交易中移轉訂價之基本原則是獨立交易原則。

二、《中華人民共和國稅收徵收管理法》

隨後於1992年頒布的《中華人民共和國稅收徵收管理法》第36條及《中華人民共和國稅收徵收管理法實施細則》第51條至54條亦規範關聯企業之間之業務往來揭露和逃稅方面之規範(規定納稅人有義務就其與關聯企業之間的業務往來，向當地稅務機關提供有關的價格、費用標準等資料。稅務機關認為交易價格異常的，可按市場價格等標準來調整企業應納稅額)。依《中華人民共和國稅收徵收管理法》第36條規定：「企業或者外國企業在中國境內設立的從事生產、經營的機構、場所與其關聯企業之間的業務往來，應當按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用；不按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用，而減少其應納稅的收入或者所得額的，稅務機關有權進行合理調整。」至此階段，關於關聯交易之移轉訂價稅法規範已全面適用包括所有在中國大陸設立之各種出資經營型態之企業，已不限於外商投資企業及外國企業。但無論是《深圳特區外商投資企業與關聯公司交易業務稅務管理的暫行辦法》、《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》或《中華人民共和國稅收徵收管理法》均著重於事後調整，並未涉及事前預防或規範。

三、《關聯企業間業務往來稅務管理規程(試行)》

嗣後，中國國家稅務總局於1998年4月23日發布《關聯企業間業務往來稅務管理規程(試行)》(國稅發[1998]59號)，該法規對於中國大陸轉讓定價(即台灣之移轉訂價)稅務管理作出較為詳細全面之規定，首次確認中國適用「預約定價制」為解決移轉訂價方法。此《關聯企業間業務往來稅務管理規程(試行)》遵循經濟合作發展組織(OECD)《轉讓定價指南》所確立之「公平交易原則」及其他一般性原

則。該法規對「公平交易原則」、「關聯企業之確定」、「調查審計案件的選擇」、「調整方法」、「轉讓定價調整」等問題均作出明確規定⁷⁸。對關聯企業間在有形財產的購銷和使用、無形財產的轉讓和使用、提供勞務、融通資金等業務往來中，不按獨立企業間業務往來收取或支付價款、費用，而減少應稅收入或應納稅所得額的，主管機關得依法進行調查、審計並實施稅收調整。該規程第28條規定，關於有形財產購銷業務轉讓定價的調整方法如果可比非受控價格法、再銷售價格法、成本加成法三種調整方法均不能適用時，可採用其他合理的替代方法進行調整。經企業申請，主管稅務機關批准，也可採用預約定價方法。並在第48條「採用預約定價方法」明確規定：「為節約對關聯企業間業務往來轉讓定價稅收審計成本，允許企業提出一個企業與關聯企業間交易轉讓定價原則和計算方法，主管稅務機關論證確認後，據以核算企業與關聯企業間交易的應納稅所得或者確定合理的銷售利潤區間。凡採用預約定價方法的，應由企業提出申請，並提供有關資料，同時填寫《預約定價確認申請表》。主管稅務機關審核批准後，應與企業簽定預約定價協議，並監督協議的執行」。

四、《關聯企業間業務往來預約定價實施規則》（試行）》

2004年9月4日中國國家稅務總局另再發布《關聯企業間業務往來預約定價實施規則》（試行）》（國稅發[2004]118號）並於同年10月22日修訂《關聯企業間業務往來稅務管理規程》的相關條款以及對《關聯企業間業務往來稅務審計、調查和稅收調整工作程式底稿》的相關表書進行了初步修訂（國稅發[2004]143號），此實施規則的頒佈減少地域性的差異，改善透明度和可預見性，並節約納稅人和稅務機關的行政成本，使預約定價安排的優越性得到充分體現。此修訂版為移轉定價管理確定了更明確之工作程序，特別強調（一）加強移轉定價管理的措施；（二）減輕納稅人的負擔；（三）消除因移轉定價稅務調整可能造成的雙重徵稅之方法。因此《關聯企業間業務往來預約定價實施規則》（試行）》被中國大陸視為解決跨國公司利用移轉定價避稅的因應方式。由於中國各稅務機關於前揭《關聯企業間業務往來稅務管理規程》二版本發生適用上之疑義，大陸國家稅務局另於2006年8月23日另發通知給中國各級稅務局表示，（國稅發〔2004〕143號）是〈關聯

⁷⁸ 曾嘉文、周映昀、張宗銘，台商如何因應兩岸移轉定價，兩岸經貿月刊，2007年1月號，http://www.seftb.org/mhpage.exe?HYPAGE=/03/03_content_01.asp&weekid=93&idx=2（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

企業間業務往來稅務管理規程〉（國稅發〔1998〕059號）相關部分條款的修訂，兩個檔間相互依存，互為補充。為了避免稅務行政執法產生歧義，該通知明確說明國稅發〔1998〕059號檔中沒有被國稅發〔2004〕143號檔修訂或廢止的條款及附件仍然有效。以明確各版本法令之關係。目前中國大陸已於2005年與日本簽署中國第一個雙邊預約訂價安排（BAPA）。但到2005年6月，中國大陸全國僅簽訂了約100份之預約訂價協議書，每年反避稅所取得之稅收收入甚至不到10億元。

五、《中華人民共和國企業所得稅法》

《中華人民共和國企業所得稅法》（下稱新企所稅法）已於2007年3月16日審議通過並於2008年1月1日施行。此部法律是近年來對外資企業影響最大的一部法律，出爐之前即倍受注目。此部新企所稅法與關聯交易有關者為加入第六章「特別納稅調整」，此章主要在規範關聯企業間之交易以及移轉定價的問題，為本次修法的一大重點，對外資的衝擊可能更甚於優惠政策之取消。其實在上述之外商投資企業和外國企業所得稅法及其實施細則中，對關聯交易及移轉定價已有規定，但以前查核的力度不大，外商普遍帶著倏倏心理，此次中國大陸藉修法正式宣示將對移轉定價加強查核並給予打擊。企所稅法第41條規定：「企業與其關聯方之間的業務往來，不符合獨立交易原則而減少企業或者其關聯方應納稅收入或者所得額的，稅務機關有權按照合理方法調整。」目前台資企業透過關聯交易，將利潤留在台灣或海外控股公司的情形非常普遍，此會是中國官方將來查核的重點，一旦被認定為有移轉定價的情形，即會要求重新核定毛利，計算所得額，補繳稅款。此外第45條規定：「由居民企業，或者由居民企業和中國居民控制的設立在實際稅負明顯低於本法第四條第一款規定稅率水準的國家(地區)的企業，並非由於合理的經營需要而對利潤不作分配或者減少分配的，上述利潤中應歸屬於該居民企業的部分，應當計入該居民企業的當期收入。」此條規範了以租稅天堂（必稅天堂，例如應屬維京群島等）做為規避全球所得的行為，將來想把利潤藏在避稅天堂將愈來愈難。

第三項 中國大陸預約定價制度之完善措施

預約訂價制度早期在中國大陸實踐不盡成功，除了相關法令規定不盡合理之外，尚與中國大陸經濟發展程度及制度本身之不足有關。此制度仍至少有下列不足之處：（一）達成一項協議之時間約需 9 至 12 個月，且程序較複雜，在關聯方所屬不同國家稅捐行政機關利益協調不順利時還可能難以達成協議。（二）納稅人申請預約訂價協議需要提供大量資料予稅捐機關並配合進行舉證，此需花費納稅人大量勞力、時間、費用而增加公司負擔，且易導致公司內部重要機密資料外洩，而對公司帶來極不利之影響。（三）稅捐機關對預約訂價協議進行審核時，需對約定之轉讓訂價方法進行分析以確認交易之公平合理性，此一方面因為尚無統一標準而增加了預約訂價制度之應用難度。（四）預約訂價協議達成後單方撤銷、取消或修改可能對納稅人或多邊協議中之國外稅捐機關帶來不公平結果⁷⁹。

然由於上述預約訂價制度是目前趨勢，不宜僅因上述不足之處即予以否定，而應從不足或有缺漏之處進行修補，以發揮此制度之積極作用。隨著中國大陸稅收環境及稅捐稽徵技術之提高，在目前情形下，預約定價協議整體上已初步具備可行性基礎，但應從下列方面進行完善：（一）明確適用步驟。為透過規範性並防止隨意性，應明確規定採用所遵守之步驟。（二）完善移轉定價方法之規定，修訂或補充可比非受控價格法、再銷售價格法之概念、適用條件及應參與的可比因素等等、選用淨利潤法並將更名為交易淨利潤法、廢除三種傳統定價方法之適用順序，同時規定利潤法作為最後之方法。（三）針對無形資產價值之特殊變動性及其對交易稅收之巨大影響，借鑒美國《臨時財政法規》第 1482 條 4T(e)(1) 之作法，用「定期調整規則」解決同一無形資產在不同時期價值波動的問題，即如果最初轉讓後的 5 或 10 年內，無形資產急遽升值，該項增值額即使最初轉讓時依照當時已知的事實是合理的，對轉讓方來說也可能是應納稅的。這樣的規定與企業會計準則中的追溯調整是一致的。（四）確立稅收中介機構介入相關程序的法律依據：由於預約定價協議程序上之複雜性，納稅義務人適用此協議需花費許多人力時間，考慮稅務代理之發展趨勢，相關規定上應確立稅務師事務所、律師事務所、會計師事務所及其他稅務代理機構等介入相關程序之法律依據。（五）

⁷⁹ 王淑玲，對我國轉讓定價稅制改革的思考，當代經濟，2006 年第 9 期（上），54-75 頁。

建立爭端解決機制：由於相關規定缺乏合理之爭端解決機制，在預約定價協議出現爭端時，稅務機關常會依仗其行政優勢地位濫用行政權變更協議內容或解決協議，直接破壞預約定價協議之基礎（即「雙方債之平等法律地位關係」），因此應明訂預約定價協議當事人關於協議之爭議，應透過司法途徑而非行政訴訟解決。⁸⁰

第四項 台灣預先訂價協定制度的規定

台灣早在民國 60 年（西元 1971 年）即增訂所得稅法第 43 條之一關於調整不合營業常規交易之規定，導入稅捐稽徵機關針對關係企業間非常規交易得調整課稅的法源依據。依該條規定：「營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係，或直接間接為另一事業所有或控制，其相互間有關收益、成本、費用與損益之攤計，如有以不合營業常規之安排，規避或減少納稅義務者，稽徵機關為正確計算該事業之所得額，得報經財政部核准按營業常規予以調整」。依台灣所得稅法第 43 條之一規定「關係企業」的範圍為：「營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係（即具有控制與從屬關係，所得稅法本身並未定義「從屬關係」，應可援用公司法之定義），或直接間接為另一事業所有或控制。」因此，公司法關係企業專章與所得稅法對於關係企業之定義略有不同。⁸¹

雖台灣早已導入上述法源依據，但在實務施行上仍產生不少問題及觀念之混淆。為釐清相關問題，台灣財政部於民國 93 年 1 月 2 日修正「營利事業所得稅查核準則」，增訂查核準則第 114 條之 1 並修正查核準則第 22 條（時價之比較）。增訂查核準則第 114 條之 1 主要參照 OECD 之「移轉訂價指導方針」及美國內地稅法第 482 條及其施行細則第 1.482 條規定之非常規交易調整方法，導入「公平獨立核算原則」。且鑒於交易常規調整之案件，稽徵機關與納稅義務人雙方均需耗費時日查核及配合提供資料，為減輕雙方稽徵及納稅成本並紓減訟源，同條亦參照國際趨勢明訂納稅義務人得向稽徵機關申請預先訂價協議，導入「預先訂價協定制度的規定」；再者，基於衡平課稅原則，稽徵機關於調整納稅義務人與計算所得

⁸⁰ 程宗璋，關聯交易避稅及其稅法規制問題研究，東南大學學報（哲學社會科學版），2003 年第 1 期，58~66 頁。

⁸¹ 巫鑫，如何查核關係企業非常規交易，勤業眾信會計師事務所，2004 年 3 月，1~30 頁。

額或所得稅額有關之事項時，對於與其交易之國內納稅義務人亦應主動進行相對應之調整，明訂稽徵機關之相對調整責任。至於與其交易之他方如為國外納稅義務人，因涉及他國課稅主權，宜經由租稅協定，協商他國稅務機關進行相對應之調整，此即建立「衡平課稅原則」。因此於增訂該第 114 條之 1 以後，正式宣佈台灣將查核關係企業非常規交易制度建構在 (1) 公平獨立核算原則 (亦有稱之為常規交易原則 Arm's Length Principle) (2) 預先訂價協定制度 (Advance Pricing Agreement) (3) 衡平課稅原則等三大基石上，已與國際規範趨勢接軌。

台灣財政部於民國 93 年 (2004 年) 年 12 月發布「營利事業所得稅不合常規移轉訂價查核準則」，嚴查關係人 (即關聯交易) 的合理性，避免台灣企業透過關係人交易以低廉價格出售資產，藉以規避應納稅賦。從 94 年度 (2005 年) 起，企業辦理結算申報必須揭露關係人及交易資料，而且，交易總額達 10 億元或年度交易 5 億元以上者，可向稽徵機關申請預先訂價協議，進行事先查帳工作，否則一旦查到短漏報稅，將照補徵稅額，處 3 倍以下罰鍰。儘管金控法及企業併購法制定後，已經對企業關係人交易訂定相關規定，藉以防範企業以不合常規的安排規避稅負，卻因關係人交易認定標準及相關調整方法未能配合建立，使得企業主與稽徵機關缺乏共同遵循依據。前述查核準則，將嚴查關係人交易的合理性，對於所謂關係企業也依循財務會計的標準訂定，包括營利事業其直接或間接持有的股份總數或資本總額達 50% 以上的營利事業，派任於另一營利事業的董事，合計超過該另一營利事業董事總席次半數以上者，方列為關係企業。關係人交易類型包括有形或無形資產移轉或使用，以及服務的提供獲資金的使用，都涵蓋在內，其交易必須採取最適常規交易之方法。

此外，依照「營利事業委託會計師查核簽證申報所得稅辦法」第十六條關於「關係企業交易或關係人交易達規定揭露標準之查核」，會計師應複核下列事項：一、複核委任人提供之關係人及關係人交易相關資料，以審查或抽查方式，執行下列查核程序，以佐證資料之正確性及完整性：(一) 上期營利事業所得稅結算申報相關資料。(二) 投資架構圖及長、短期投資明細表。(三) 持股達百分之十以上者或持股最高者之股東名冊資料。(四) 副總經理層級以上及直屬總經理部門之直屬主管或派任於另一營利事業董事之人事資料。(五) 董事會會議紀錄、交易契約、融資契約、背書保證契約、合資或聯合經營契約。(六) 關係人交易明細表相關科目，其有明細分類帳者，查核至明細分類帳；其無明細分類帳者，查核至總分類帳；並抽核相關憑證資料。二、複核是否依規定備妥企業綜覽、組織結構、

受控交易之彙整資料及移轉訂價報告或依規定得取代移轉訂價報告之數據資料等。三、複核移轉訂價報告：(一)取得移轉訂價報告，並揭露報告出具人姓名。(二)複核移轉訂價報告內容，是否包括產業及經濟情況分析；受控交易各參與人之功能及風險分析；遵循常規交易原則相關資料；選定可比較對象相關資料；進行可比較程度分析相關資料；選定之最適常規交易方法及選定之理由、列入考量之其他常規交易方法及不予採用之理由；受控交易之其他參與人採用之訂價方法及相關資料；依最適常規交易方法評估決定常規交易結果之結論。(三)複核移轉訂價報告是否符合常規之結論及其應按常規交易結果調整之調整情形。四、複核替代移轉訂價報告之文據資料：(一)取得替代移轉訂價報告之文據資料，並揭露報告出具人姓名。(二)複核取代移轉訂價報告之文據資料是否符合常規之結論及其應按常規交易結果調整之調整情形。五、複核預先訂價協議年度執行報告：(一)取得預先訂價協議及年度執行報告資料。(二)查核年度執行報告之假設條件、關係人、關係人交易類型、關係人交易條件、訂價原則、採用之常規交易方法等，是否與預先訂價協議內容相符。會計師已踐行前項查核程序，因未能獲得足夠與適切之查核證據，致無法查核規定事項並作成查核結論者，應於工作底稿及簽證申報查核報告書中敘明已踐行之查核程序、查核發現之事實及無法作成查核結論之理由。第一項之移轉訂價報告、替代移轉訂價報告之文據資料及預先訂價協議年度執行報告應編訂於工作底稿內。

第五項 大陸關聯企業移轉定價交易模式之稅務風險規避

據報導指出，為了防堵許多大陸台資企業長期以來持續採用「關聯交易」作為節稅手段的黑洞，中國國家稅務總局決定選定神達電腦，作為統一台商關聯交易的典範。據了解，稅務總局選定神達作為關聯交易範本，一方面是按照以往的查稅過程發現，這家設廠時間悠久的台資電子企業，在關聯交易的流程較為規範，同時產品眾多、產值龐大，內部關聯交易也夠複雜，足以作為示範案例。中國稅務總局依照神達的運作為標準，制定了一套關聯交易的原則與流程，並規劃將來透過地方國稅部門，廣泛要求各地台資企業照此模式運行。由於台灣與中國大陸之間並無租稅協議，遇有關聯交易避稅查察時，往往無法追根究底，導致台商權益與稅務機關公權力之間無法取得平衡。許多出口型的台資大陸企業，以往

基於避稅與避免不可測之政治風險，都習慣把大部分盈餘放在稅率低之第三地。現今面對中國大陸稅務部門強力查核關聯交易，並且不惜大費周章協調指標型台資企業作為標竿，如一旦神達模式確定，一些盈利數字亮麗的台資上市電子企業，將可能會出現短期稅務成本大增之情況，未來台商在彼岸繳稅占總成本的比重將大幅升高，勢必會衝擊到不少台商電子公司的獲利⁸²。

承上所述，鑑於中國大陸稅務機關近年來對移轉定價之稽核不宜餘力，台灣企業更應特別注意其中國大陸子公司如何防範關聯方交易之稅務風險。以下是幾項大多數會計師事務所建議企業管理其移轉訂價調查並因應大陸企業所得稅法與移轉訂價查核策略以進行租稅規劃之方式⁸³：

第一、除了財務主管之外，各事業主管及關人員應熟悉中國大陸與台灣移轉定價之規定。第二、企業集團應設有專責部門及人員，進行跨部門移轉定價及租稅風險管理與規劃作業。第三、經過第一年的移轉定價分析，使企業集團瞭解各關係企業所承擔的功能及風險，進而制定關係企業間之定價策略，並合理配置中國大陸、台灣與海外之利潤。第四、台商以台灣為出發點，完成核心移轉訂價報告(Core TP Documentation)，此分析範圍除了台灣母公司外，亦包括中國大陸及其他海外關係企業。使母公司可有效率地檢視企業集團對海外關係企業之定價政策是否妥適。第五、建議台商在會計年度結算前先進行移轉訂價基準分析(TP Benchmark Analysis)。第六、儘量採用公平交易的價格，這是最安全的辦法（但安全不是絕對的，比如因產品或市場原因而降價也可能會被認為是轉移定價）。第七、公司之設立儘量採取獨立的方式，使之從法律上無法被稅務機關認定為關聯方。第八、採取曲線交易方式，找一家非關聯公司作為中間交易環節，但業務量不要集中在個別公司。第九、及時足額繳稅，有轉移定價業務時主動報告稅務機關，並在納稅時主動調整，經常和稅務機關溝通，處理好和稅務機關的關係，儘量減少其懷疑的機會。這種方式代價小，效果好。第十、利用其他方式降低稅賦，如利用稅收優惠政策，對經營活動進行稅務籌畫，同樣可以達到目的，但降低風險。第十一、和稅務機關訂立預約訂價協議。以上方法綜合使用，將可達到最佳效果。

⁸² 李道成報導，台商關聯交易--中國選定神達當樣板，工商時報，2008年3月1日。

⁸³ 杜啓堯，台商如何因應對大陸關聯企業移轉訂價之查核，勤業眾信網站，<http://www.deloitte.com/dtt/article/0,1002,cid%253D86626,00.html>（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

關於上述第十一點之預約定價協議，特別是適用於關聯方關係多，交易金額大，公司規模大的內資企業或跨國公司此類容易被稅務機關列入懷疑對象的公司。承前所述，預約定價協議指稅務機關與納稅人之間達成的一種具有約束力的協定。即納稅人在進行關聯交易時，必須事先把自己與境外關聯企業之間進行內部交易和財務往來所涉及定價的計算方法、計算依據，向稅務機關報告，經審定認可，作為計徵所得稅之會計核算依據，以免除事後稅務機關對轉讓定價進行稅務調整之一種協議。由於預約定價並非跳脫價格調整的基本思路，而採取單純討價還價的談判方式，在審定關鍵性假設結論時，應當首先以產品的價格為主線，依照以上企業申請時報送的資料，對企業假設年度的機器設備運行情況做全面的瞭解，測算生產線飽和運行時產量，再依照企業可比年度單位產品的固定成本和變動成本計算各種大類產品的盈虧臨界點，由此確定價格的底限。依照企業訂單情況對假設年度產量做預測，通過協商產品的合理加價率就可以推斷該年度的產品銷售收入。成本及期間費用之預測可採用可比年度財務指標的平均值作為依據，且應該強調自願、平等和守信的原則。在預約定價以前，稅務機關不能對企業有避稅的偏見，從一個平等的角度，把價格調整到雙方都可以接受的一個水準。該協議一經達成，對徵納雙方均具有約束力，凡符合協定規定的交易事項都適用協定中的轉讓定價方法，而稅務機關不能予以調整。這一方法降低了稅務機關對轉讓定價調整的不確定性及征納雙方的行政管理費用，提高了效率，減少徵納雙方之紛爭，還可以避免重複徵稅。

一、預約定價協議主要內容

預約定價協議主要包括⁸⁴以下內容：1.相關的集團組織公司結構、關聯關係、關聯交易情況。2.預約定價安排所涉及的關聯交易類別，以及納稅年度。3.關聯企業間職能、功能及風險劃分。4.是否涉及稅收協議國的雙邊或多邊預約定價安排。5.預約定價施用調整方法的考慮以及支援這一方法的功能分析和可比性分析，擬用調整方法的假設條件。6.市場情況的說明，包括行業發展趨勢以及競爭環境。7.預約定價期間的年度經營效益預測以及規劃等。8.涉及國內有關法律、稅收協定的處理內容等相關問題。9.背景。10.涉及的定義。11.準備實施協定的交易與期限。12.調整方法及適用狀況。13.重大前提假設。14.爭議解決的規定。15.資訊資料的使用、披露、和保護規定。16.修改協議規定。17.取消廢止的規定。

⁸⁴ 偕德彰，大陸關聯企業移轉定價交易模式、稅務風險及風險規避之探討(下)，大陸稅務論壇(五)，逢甲人月刊，147期，65~75頁。

18.處罰規定。19.通知規定。20.保留資料的規定。21.補償調整規定。22.關鍵性假設條件：(1)國內稅法和協議條款；(2)關稅、進口限制和政府的規定；(3) 經濟狀況、市場份額、市場條件、最終銷售價格和銷售數量；(4)交易中企業的風險及其功能；(5)外匯匯率、利率、資本結構；(6)管理或財務會計以及收入和支出分類；(7)企業以及企業的經營形式。

二、預約定價協議之作業流程

預約定價協議之作業流程如下：第一步，事先準備資料再填寫預約定價協議申請。在申請前公司內部至少需準備下列資料：1.相關的集團組織公司結構、關聯關係、關聯交易情況。2.歷年財務、會計報表資料，產品功能和資產（包括無形資產和有形資產）的資料。3.預約定價安排所涉及的關聯交易類別，以及納稅年度。4.關聯企業間職能、功能和風險劃分。5.是否涉及稅收協議國的雙邊或多邊預約定價安排。6.預約定價施用調整方法的考慮以及支援這一方法的功能分析和可比性分析，擬用的調整方法的假設條件。7.市場情況的說明，包括行業發展趨勢以及競爭環境。8.預約定價期間的年度經營效益預測，以及規劃等。9.有關關聯企業合作的態度，能否提供有關其交易、經營安排及財務成果方面的資訊。10.是否涉及雙重徵稅等問題。涉及國內有關法律、稅收協定的處理內容等相關問題。第二步，稅務當局同意接受申請的批復。第三步，遞交預約定價協議意見及初稿。第四步，稅務機關對協議的審查、分析、評價。第五步，談判：包括與企業及國外稅務當局。第六步，達成協定。第七步，協議制定後的協調會議規定。第八步，跟蹤管理。

在台灣及中國大陸兩岸同時重視移轉定價查核之今日，在中國大陸之台資企業更應兼顧企業集團內各個關係企業在價值鏈中扮演之角色，尋求合理的利潤分配。未來在智慧財產權之授權和使用、低代工成本以及有效營運管理等多重考慮下，參考國際主流趨勢，循序漸進健全關係企業間成本分攤及利潤分配，始能達到資源最佳配置並使整體企業之稅賦總額最低化。



第六章 中國大陸非常規關聯交易之審查、調整與否定

即便妥善建立前一節所述的非常規關聯交易之預防機制，實際上仍無法完全杜絕非常規關聯交易之發生。一方面是制度目標與實際執行會總有差距，另一方面則是人的僥倖心理因素。因此，需透過「審查」來判定關聯交易是否是屬「符合營業常規」或屬「非常規」，以落實前一節所述之預防制度。一般而言，各國依關聯交易審查主體之不同可分為行政審查、司法審查及市場審查：「**行政審查**」指財務會計、審計、稅務行政主管機關之審查及證券監督管理行政機關對上市公司之審查，「**司法審查**」指法院針對具體個案進行判斷，而「**市場審查**」多指證券交易所等機構之市場監督。上述主體依各自之權力在不同環節著重不同層面進行對關聯交易之審查，在中國大陸關聯交易之審查模式亦不例外。

第一節 中國大陸關聯交易之審查與非常規關聯交易之認定

第一項 對關聯交易之行政審查

對關聯交易之「行政審查」，主要指財務會計、審計、稅務等行政主管機關之審查及證券監督管理機關對上市公司之審查。財務會計、審計、稅務等行政主管機關之審查將涉及非常規關聯交易之調整，因此另於下節討論。此處特別針對中國大陸證券監督管理機關--「中國證券監督管理委員會」(下稱「中國證監會」)對上市公司之審查。對上市公司的股權轉讓及重大交易進行審核，是中國證監會職權之一，透過證監會對股權轉讓之審查也能有效遏阻非常規關聯交易¹。於2004~2006年間多家上市公司之股權轉讓方案於審查過程中被中國證監會駁回，這在過去是相當少見的現象。面對此種新情況，已有上市公司臨時取消相關股權的收購和轉讓動議，此顯見中國證監會審查對規範不當關聯交易之強勢作為。但在中

¹ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，160~161頁。

國證監會發揮積極作用之同時，其在認定上市公司有關交易是否為應禁止的非常規關聯交易仍缺乏行政審查之法律具體依據及標準，且亦未公示其所做之審查決定理由，此應予以立法規範以資明確。

此外，關於中國公司公開發行、上市及配股方面之審查，亦由中國證監會依相關規章制度進行。證監會於 2006 年 5 月 17 日發布《首次公開發行股票並上市管理辦法》²。此《首次公開發行股票並上市管理辦法》第 14 至 20 條強調發行人之業務、財務、人事之獨立性。例如：「發行人的人員獨立。發行人的總經理、副總經理、財務負責人和董事會秘書等高級管理人員不得在控股股東、實際控制人及其控制的其他企業中擔任除董事、監事以外的其他職務，不得在控股股東、實際控制人及其控制的其他企業領薪；發行人的財務人員不得在控股股東、實際控制人及其控制的其他企業中兼職。」、「發行人的財務獨立。發行人應當建立獨立的財務核算體系，能夠獨立作出財務決策，具有規範的財務會計制度和對分公司、子公司的財務管理制度；發行人不得與控股股東、實際控制人及其控制的其他企業共用銀行帳戶。」、「發行人的機構獨立。發行人應當建立健全內部經營管理機構，獨立行使經營管理職權，與控股股東、實際控制人及其控制的其他企業間不得有機構混同的情形。」、「發行人的業務獨立。發行人的業務應當獨立于控股股東、實際控制人及其控制的其他企業，與控股股東、實際控制人及其控制的其他企業間不得有同業競爭或者顯失公平的關聯交易。」該辦法第 26、27 條規定：「發行人...，不存在為控股股東、實際控制人及其控制的其他企業進行違規擔保的情形。」「發行人有嚴格的資金管理制度，不得有資金被控股股東、實際控制人及其控制的其他企業以借款、代償債務、代墊款項或者其他方式佔用的情形。」第 32 條並規定：「發行人應完整披露關聯方關係並按重要性原則恰當披露關聯交易。關聯交易價格公允，不存在通過關聯交易操縱利潤的情形。」

與上市審查相似的還有「配股資格」之審查。³中國大陸所稱之「配股」即

² 此辦法自 2006 年 5 月 18 日起施行起，《關於股票發行工作若干規定的通知》（證監〔1996〕12 號）、《關於做好 1997 年股票發行工作的通知》（證監〔1997〕13 號）、《關於股票發行工作若干問題的補充通知》（證監〔1998〕8 號）、《關於對擬發行上市企業改制情況進行調查的通知》（證監發字〔1998〕259 號）、《關於對擬公開發行股票公司改制運行情況進行調查的通知》（證監發〔1999〕4 號）、《關於擬發行股票公司聘請審計機構等問題的通知》（證監發行字〔2000〕131 號）和《關於進一步規範股票首次發行上市有關工作的通知》（證監發行字〔2003〕116 號）同時廢止。

³ 黃新建，張宗益，上市公司配股中的盈餘管理實證研究，商業研究，2004 年 16 期，8~15 頁。

是指「現金增資」，依照中國大陸相關法律規定，上市公司必須符合法定條件（例如：必須達到連續三年淨資產收益率在 10% 以上）始能實施配股。配股資格對於中國大陸企業而言，除了可藉由現金增資取得營運資金外，更可取得投資人對其營運績效的信任，因此許多上市公司為了達到配股資格的要求，便透過非常規關聯交易虛增營業額以採取配發高額的現金股利，使淨資產下降來提昇淨資產收益率，再由現金增資來取回資金，但投資人常被其高額股利及配股資格所蒙蔽。依照中國證監會 1999 年 3 月發布之《關於上市公司配股工作有關問題的通知》第二條：「上市公司有下列情形之一的，其配股申請不予核准：（一）...（七）以公司資產為本公司的股東或個人債務提供擔保。（八）公司資金、資產被控股股東佔用，或有重大關聯交易，明顯損害公司利益。」此是將不進行重大的關聯交易作為配股條件之一。當公司具備配股條件且願意實施配股時，公司首先必須召開董事會擬定配股方案並轉交股東會表決，待表決通過後，公司應聘請承銷商、會計師、律師等製作配股申報檔送交中國證監會批准。當配股方案獲得批准後，公司需在中國證監會指定的四大證券報紙上刊登配股說明書。配股說明書內容包括配售發行的有關機構、配售方案（如原股東認購比例、配股價、除權日等）、認購方法、獲配股票的交易、募集資金用途、認購風險等項目，投資人可依配股說明書公布的內容決定是否參與配股。就律師所出具之「上市公司配股法律意見書」內應說明該次配股所涉及的關聯交易及同業競爭，至少必須包括下列項目：（一）說明發行人有哪些關聯企業。（二）說明發行人與其關聯企業在本次配股中是否存在關聯交易，若存在關聯交易，還需說明關聯交易的內容、數量和金額。（三）說明這種關聯交易是否會損害發行人及其股東的利益。（四）若關聯交易一方是公司大股東，還需說明是否已採取必要措施對小股東的利益進行保護。（五）說明股東大會關於本次配股涉及的關聯交易的表決程序是否符合法律、法規及《公司章程》。（六）說明發行人本次配股涉及的關聯企業間是否存在同業競爭。若存在同業競爭，還需說明是否已採取必要措施解決同業競爭。（七）說明是否對關聯交易和同業競爭進行充分披露⁴。

縱上所述，中國證監會對上市或即將上市公司之審查與核准程序相結合，對關聯交易之審查是相當重要之環節，但為免行政權過份干預市場行為，並順應國際潮流，已改為由深圳證券交易所及上海證券交易所進行公司上市審查。

⁴ 孟焰、張秀梅，上市公司關聯方交易盈餘管理與關聯方利益轉移關係研究，會計研究，2006 年 4 期，37~43 頁。

第二項 對關聯交易之市場審查

為了強化證券市場之自律及公司自治權，並提高行政監管之效率，大多數國家均由證券交易所進行上市審查，由於證券交易所非行政機關，因此一般將此證券交易所之審查歸類為市場審查。美國公司之上市事宜性審查即是由證券交易所進行，例如美國紐約證券交易所（**New York Stock Exchange, NYSE**）之上市規則即詳細規定上市審查之要求與程序，即包括了對關聯交易之審查。台灣之公司上市審查及上櫃審查也是分別由台灣證券交易所及證券櫃檯買賣中心進行，依照《臺灣證券交易所股份有限公司有價證券上市審查準則》第9條不宜上市之情形即包括：「申請股票上市之發行公司雖符合本準則規定之上市條件，...，有下列各款情事之一，經本公司認為不宜上市者，得不同意其股票上市：...二、財務或業務未能與他人獨立劃分者。四、經發現有重大非常規交易，尚未改善者。」⁵第18條亦規定「集團企業中之發行公司申請股票上市，除公營事業外，雖合於本準則有關規定，但不能符合下列各款情事，本公司認為不宜上市者，應不同意其股票上市：一、申請公司與同屬集團企業公司之主要業務或主要商品，無相互競爭之情形。二、申請公司與同屬集團企業公司間有業務往來者，除各應就相互間之財務業務相關作業規章訂定具體書面制度，並經董事會通過外，應各出具書面聲明或承諾無非常規交易情事；無業務往來者，應由申請公司出具書面，承諾日後有往來時必無非常規交易之情事。三、其財務業務狀況及前述之作業辦法與其他同業比較應無重大異常現象。四、其對於銷售予集團企業公司之產品，應具有獨立行銷之開發潛力。五、申請上市會計年度及其最近二個會計年度之進貨或營業收入金額來自集團企業公司未超過百分之五十。但對於來自母、子公司之進貨或營業收入金額，或依據公司法、企業併購法辦理分割者，不適用之。」

中國大陸對公司上市及配股之審核（包括其中關聯交易之審核），為順應國際潮流，於2005年新修訂之《中華人民共和國證券法》取消了中國證監會對證券上市之行政審核，將證券上市、停止、終止上市之審核權界定為證券交易所之法定職權，並允許交易所依照情況報證監會批准後，就股票上市條件設定高於法定要求之其他條件，或補充暫停上市與終止上市之其他情形。此外，依照新證券法，依法公開發行之證券除可在上海、深圳證券交易所上市交易外，還可在其他經國務院批准的證券交易場所進行轉讓。依照2006年5月19日公布施行之《深

⁵ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，162~163頁。

圳證券交易所股票上市規則》及《上海證券交易所股票上市規則》，即均明確規定申請股票及其衍生品在前二證券交易所上市，應經該證券交易所審核同意，並在上市前與該所簽訂上市協議，明確雙方的權利、義務和有關事項。並於第十章詳細規範關聯交易之定義、程序與披露。使上市審查環節對非常規關聯交易發生較佳之遏阻作用。

中國證券市場自其成立至今，已有十多年的歷史了。縱觀其發展歷程，中國證券市場表現出相當程度的不穩定性。據調查，在從 1992 年至 1997 年其間新上市的公司中，幾乎所有的企業都實現了上市當年利潤超過上市之前。然而從上市後第 2 個年度開始，能夠繼續保持利潤增長的企業比重出現一定程度的下降，並出現了中國股市上的一種奇特現象：第一年績優，第二年績平，第三年虧損，第四年 ST，第五年 PT。典型的如粵金曼、金田 A、凱地絲綢等。中國證券市場之所以會出現許多上市公司「富不過三年」之現象，是由多種原因造成之結果，其中之一原因即為「上市資格核准制度和配股資格許可權」。

在對公司上市資格的核准制度上，存在兩種不同的制度：一是註冊制，二是核准制。核准制與註冊制的主要不同在於：在核准制下，由政府出面制定較之一般的公司法更高的進入標準，並依據這一較高的標準逐個審批意欲進入市場者之申請。而在註冊制下，意欲進入市場者只需按照一般公司法的要求向證券監管部門註冊登記即可，但政府對於事後的欺詐行為仍將進行懲戒。中國在對上市公司資格的審核上，實行的是嚴格的核准制，只要上市公司達到審核標準，則批准上市，而對於公司在申請上市時由於存在著資訊不對稱而採取的各種尋租行為卻沒有考慮，此即使上市公司日後之發展埋下隱患。公司上市的目的是為了發行股票融資募集資金，當公司上市後再配股融資時，按照法律規定，取得配股資格必須達到連續三年淨資產收益率在 10% 以上。許多上市公司為了取得該配股資格，不得不採取一切方法包括利潤操縱手段來滿足這一要求⁶。在經過包裝或粉飾之公司業績當然只能使公司暫時披上華麗的外衣，但紙終究包不住火，此種上市公司必然不會成長性，終有一天會敗絮其外。出現上述兩種情況之原因，即在於投資大眾對於結果狀態的偏愛，而忽視了產生這一結果的過程。在審核公司配股資格並不重視達到該資格的程序或過程，此即使得不少上市公司為了達到淨資產收益率 10% 之「結果狀態」，不得不以犧牲「程序理性」去盡力迎合評價者對「結

⁶ 何檢亮，上市公司關聯交易及其監管，經濟理論與經濟管理，2004 年第 2 期，32~36 頁。

果」之要求，因而不可避免的出現了非常規之關聯交易、非貨幣性交易以及「金蟬脫殼」、資產剝離等種種會計資訊造假行為，從而使該上市公司的成長性受到嚴重威脅。因此，為降低此一因素，中國大陸應可對上市公司的上市資格實行註冊制，使優質公司上市並保持其長遠發展，保護投資者的利益。在核准制下，只要公司符合政府制定的標準，就可以申請上市。這很容易誘使公司為達到某一要求而粉飾公司業績，從而為公司上市後的成長埋下了隱患。而在註冊制下，更注重的是對上市公司的事後監督，強調上市公司之長遠發展，由於沒有嚴格的審核條件，公司沒有必要為了滿足某一條件而犧牲公司長期發展的代價，因而消除了企業粉飾公司業績的誘因，更有利於企業安排其長遠發展。⁷

第三項 對關聯交易之司法審查

關聯交易並非均違反營業常規及無效，於個案發生時，雖某些關聯交易可能經過先前所述之批准或授與程序，但仍需由法院扮演最終判斷關聯交易是否違反營業常規或違法及其效力之角色，此即為關聯交易之司法審查。

從整體上看，法院對關聯交易之審查包括「程序審查」及「實體審查」⁸。「程序審查」是指法院只審查關聯方進行之交易是否確實依照法律所規定之程序實施，「實體審查」則另涉及該關聯交易在實質上是否公平之審查。對於法院是否應介入實體審查，有三種不同觀點：一是認為法院應僅停留在程序審查。二是認為法院應介入實質審查。三是認為應依具體問題分析，以程序審查為主，實體審查為輔，嚴格控制實體審查。第一種「法院應僅停留在程序審查」見解之理由主要是應考量商業活動之外觀性、交易安全性、保障董事積極決策權，法院應尊重商業判斷原則，如介入實體審查，勢必犧牲商業交易之可預見性及確定性，將造成大量訴訟案件湧入法院，不僅影響交易安全亦會增加訴訟成本。第二種「法院應介入實質審查」之見解主要理由是，法院對關聯交易之公正性應享有最終審查權，始能真正保障公司和小股東之利益，實現真正實質公平正義，避免關聯方

⁷ 陸國慶，上市公司「富不過三年」的深層原因及可持續發展的基本途徑，當代財經，2003年1期，85～87頁。

⁸ 宋曉明，劉敏，張雪樑，民商事審判若干疑難問題——公司法（下），人民法律報，中國法院網，<http://www.chinacourt.org/html/article/200609/30/218987.shtml>（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

透過程序正確將實質違法之關聯交易夾帶過關。第三種「以程序審查為主，實體審查為輔」見解之主要理由是，程序和實質往往是密不可分的，且有相同目標，程序違反其實已經造成實質不公平，沒有程序公正，實體公正也失去了基本前提與保障。在此程序審與實體審結合以及具體問題分析是合理的，但在中國當前整體社會法律意識與制度強調實質公正之情形下，要確立以程序審為主實體審為輔之制度，尚有困難。

對於關聯交易之「程序審查」主要包括前文討論之四方面：一、披露之要求。二、批准之要求。三、表決權排除或迴避之要求。四、市場監督體系授予之要求。「實質審查」則主要視關聯交易「是否存在欺詐」及「實質上是否公平」⁹。對於關聯交易實體公平之判斷，傳統規則是嚴格的公正原則，但隨經濟與法律理論之發展，相對寬鬆之「商業判斷原則」逐漸得以確立。從效率以及鼓勵公司自治之角度，法院可先進行程序審查，審查合格後就按照與之相對應較寬鬆之「商業判斷規則」進行進一步判斷；若程序審查不合格，則應按嚴格的「完全公正規則」進行實體審查，首先需對「是否存在公平之交易」提出疑問（實施交易的財產受託人之行為是否恰當與公正，法院將調查交易之起因、結構如何、如何進行談判及是否所有資訊均已經充分揭露），其次，是對「公平價格」的檢驗，法院將調查董事是否殷勤地設法獲得一個對公司有利之價格，以及實際獲得之價格是否確實適當。

中國受前蘇聯法學思想影響較深，在訴訟實踐中歷來強調實體公正，而對程序公正較為忽略。但實體公正有時確實是難以準確判斷，而且一味追求實質公正極可能使司法權介入太深而影響公司之自治及其經營階層之商業判斷。對關聯交易之性質及其結果，涉及相關利害關係人之權益，因此對關聯交易性質的判斷和對其結果是否接受之決定，主要交給利害關係人行使，最符合私法自治之原則。雖然關聯交易之司法審查能最終、最有力地確保關聯交易之公平性，但如果司法審查過多依賴實體審查，亦極可能以法官之判斷取代私法主體之市場判斷，而可能過度干涉私法自治之權利。因此，在中國大陸當前之證券市場環境下，中國大陸對關聯交易之司法審查應當堅持實質審查與程序審查結合，並同時注意程序公正及實體公正，先進行程序審查，如程序審查合格後即較寬鬆之「商業判斷規則」

⁹ 李國光、王闖，審理公司訴訟案件的若干問題（下）——貫徹實施修訂後的公司法的司法思考，<http://zgls1956.com/xinwen/show.php?id=1803>（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

進行進一步判斷；若程序審查不合格，則應按嚴格的「完全公正規則」進行實體審查。

小 結

相較於司法審查，行政權（包括證監會、財政部、稅務局等）之介入更應審慎。不合理之行政權介入將干涉私法經濟主體之內部事務，從而影響公司經營之效率與活力、導致政府官員利用職權，以看似合法實為非法的手段謀取非正常利益，進行不平等對待（差別待遇）而造成企業不公平競爭。行政權對經濟之監管應更側重監督而非管理，更側重市場公平秩序之實現而非公司內部經營活動之效益。司法權、行政權及自治權三種權力需互相促進並互相制約，中國行政權行使不應影響公司自治，公司上市與配股之行政審核應進一步弱化，並充分發展以市場為中心之經濟體系。司法審查首先應承認公司合法之自治權，糾正公司自治中之不合法行為進而促使公司合法自治，並為合理自治中之受害者提供救濟途徑。公司自治權也應遵守行政權之要求與司法權之判斷結果，公司不得濫用自治權而損害公司與他人之合法權益，應接受行政權之監管與司法權之審查。

第二節 非常規關聯交易之調整與否定

透過行政機關之行政審查或法院之司法審查，如發現該關聯交易確實違反營業常規，即需對該關聯交易進行否定或調整。非常規關聯交易之「否定」是從根本上否定關聯交易，此根本否定與公司內部批准和外部市場監督時之不同意不同，需透過司法程序實現。而否定可對進行交易之基礎「會議決議」進行否定，（包括股東會決議之撤銷、無效或不成立），亦可直接對交易本身進行否定（包括關聯交易或其契約之撤銷與無效）；而「調整」更是非常重要之環節，可在關聯交易之進行過程中，也可以在交易完成之後。「調整」是指透過局部校正來減少該關聯交易行為之社會危害性，而非全盤否定該關聯交易，可兼顧公平與效率，是規範非常規關聯交易之一種有效措施。非常規關聯交易之「調整」制度主要包括會計調整、稅收調整、公司歸入權與少數異議股東之退出機制等。

第一項 會計調整與審計—減少對投資者的誤導及對稅權的侵害

第一款 非常規關聯交易之會計調整

非常規關聯交易之會計調整，是指依照一般會計規範及有關關聯交易會計處理的特殊規定，對非常規關聯交易之會計報表依照一般市場交易原則進行調整，以真實準確反映公司之財務狀況及經營成果之行為。此行為只作會計上的調整，並不會否定該對關聯交易所產生之權益移轉行為。透過會計要素的確認、計量、紀錄和資訊揭露等環節，將企業財務狀況和經營成果體現於企業之會計報表內。從會計角度而言，公平之關聯交易與一般市場交易一樣，不會扭曲公司的財務狀況與經營成果；但非常規關聯交易，因交易價格之不合理以及權益在公司與關聯方之間的轉移，無法準確反應公司之財務狀況與經營成果，因此亦無法正確反應公司之營利能力，故需進行會計調整¹⁰。

中國大陸在 2006 年 2 月新的企業會計準則出爐之前，相關規定主要是《企業會計準則--關聯方關係及其交易之披露》(1997 年)、《企業會計準則—非貨幣性交易》(1997 年)、《企業會計準則—債務重組》(1997 年)、《關聯方之間出售資產等有關處理問題暫行規定》(2001 年)等。前揭規定均由中國大陸之企業會計主管機關中國財政部制訂。審計部門則依職權對國有企業進行審計，如發現問題時，可直接進行調整。而新的企業會計準則完全參照國際會計準則對原有準則進行修訂，而非採取分階段實施國際會計準則之方式，對中國大陸當前國情明顯不符已造成法律執行效果不佳之現象。中國目前出現之企業會計問題中，記入不當科目或故意漏記之不當會計處理現象時常發生，特別是對業績有一定要求之上市公司之此一現象更為嚴重。一方面是由於實際控制公司之關聯方未盡誠信義務，規避相關制度規定，另一方面也是相關制度仍有不盡完善之處。在中國企業目前關聯交易之會計記量上，仍有不少當事人利用相關規定之不完整性操控公司盈餘。在 2006 年新的債務重組準則出爐前，原《企業會計準則—債務重組》規定，債務重組收益應計入資本公積。但有的上市公司以債務重組形成之資本公積彌補虧損，從而將計入資本公積之重組收益再度利潤化，例如 2003 年 ST 鄭百文董事會決定，用三聯豁免其 14.47 億元債務形成之資本公積彌補虧損。問題是，將其計入公積之目的原本是為防止盈餘操縱，竟又被用為虛增企業利潤。而 2006

¹⁰ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，182 頁。

年新發布之《企業會計準則—債務重組》，修改了原先因債權人讓步而導致債務人豁免或者少償還的負債計入資本公積之要求，改為將債務重組收益計入營業外收入，同時對於實物抵償債務，引進公允價值作為計量屬性。按此一新規定，一些無力清償債務之公司，一旦獲得債務全部或者部分豁免，其收益將直接反映在當其利潤表中，可能大幅提昇每股收益。但如無配套措施，此又將難以避免關聯方之間透過債務重組來進行盈餘操控。如先由上市公司對控制股東大量負債，隨後由控制股東豁免這些債務，按上述準則處理即可能虛構出大量利潤，粉飾上市公司業績，甚至，可透過豁免和利潤公告進一步操縱股價。此外，在目前中國市場誠信還較欠缺及公平競爭環境上不健全之情形下，暫時尚無一套機制以形成可信的公允價值，在此時引入公允價值以及在新的《企業會計準則—非貨幣性資產交換》中規定滿足一定條件時公允價值與換出資產帳面價值的差額可計入當期損益，也可能會再度引發利用公允價值操縱盈餘之問題。或許在現階段仍應依《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》之精神，規定將重組或置換收益計入資本公積且規定不能用來彌補虧損，也不得用於轉增資本，並同時審慎採用公允價值，不要急於與國際會計準則趨勢相同，即便採用公允原則時，也應將舉證責任轉換由關聯交易方負責。¹¹

除債務重組外，資產購銷關聯交易也經常發生會計問題。2001年12月財政部公布之《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》針對上市公司出售資產或將債權轉移（含出售債權）給關聯方與關聯方、關聯方之間承擔債務、由關聯方承擔費用及委託及受託經營、上市公司與關聯方之間佔用資金的會計處理方式加以規定。上市公司與關聯方之間的交易，如果沒有確鑿證據表明交易價格是公允的，應對顯失公允的交易價格部分，一律不得確認為當期利潤，應作為資本公積處理，在「資本公積」科目下單獨設置「關聯交易差價」明細科目進行核算，此部分差價不得用於轉增資本或彌補虧損。此暫行規定針對「上市公司出售資產交易的會計處理」規定「上市公司出售資產或將債權轉移（含出售債權）給關聯方，如果實際交易價格低於或等於所出售資產或轉移債權帳面價值的，仍按有關企業會計制度和準則的規定進行處理；如果實際交易價格超過相關資產帳面價值的，除市場上存在更客觀、明確、公允的價格外，應按以下規定進行處理：

（一）正常商品銷售（含提供勞務，下同）：上市公司對關聯方進行正常商品銷售的，在符合收入確認條件的前提下，按以下規定確認收入：1．當期對非關聯

¹¹ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，183~185頁。

方的銷售量占該商品總銷售量的較大比例的（通常為 20%及以上），應按對非關聯方銷售的加權平均價格作為對關聯方之間同類交易的計量基礎，並將按此價格確定的金額確認為收入。關聯方之間實際交易價格超過確認為收入的部分，計入資本公積（關聯交易差價）。在確定非關聯方之間同類交易價格時，必須有確鑿證據表明其交易價格的公允性，並提供有關證據。2. 商品的銷售僅限於上市公司與關聯方之間，或者與非關聯方之間的商品銷售未達到商品總銷售量的較大比例的（通常為 20%以下），應按以下規定進行處理：（1）實際交易價格不超過商品帳面價值 120%的，按實際交易價格確認為收入；（2）實際交易價格超過商品帳面價值 120%的，將商品帳面價值的 120%確認為收入，實際交易價格超過確認為收入的部分，計入資本公積（關聯交易差價）。如果有確鑿證據（如歷史資料、同行業同類商品銷售資料等）表明銷售該商品的成本利潤率高於 20%的，應按合理的方法計算，例如，按商品帳面價值加上按最近 2 年歷史資料等確定的加權平均成本利潤率與帳面價值的乘積計算的金額確認為收入，實際交易價格超過確認為收入的部分，計入資本公積（關聯交易差價）。該規定之公允價格僅針對交易價格高於公允價格之情形，並未考量到交易價格遠低於公允價格時亦可能造成鉅額利益移轉現象，且上述規定只是針對出售資產情形，並未涵蓋上市公司購買資產之情形，造成有心人士仍能利用此規定之漏洞操控盈餘。此外，還有些大陸公司與關聯方進行資產置換時，刻意規避《企業會計準則—非貨幣性交易》之行為，將資產換拆分為先買後賣（或先賣後買）兩個獨立的貨幣性交易行為，並在出售資產時高估價格以製造「收益」，甚至在購買時也低估而製造更多的「收益」。此亦應依照《關聯方之間受資產等有關會計處理問題暫行規定》之原則精神，以相對合理公允之計量為基礎。

此外，大陸上市公司亦常用一更徹底之規避方式，即「關聯交易之隱形化」（或稱「關聯交易之非關聯化」），將關聯交易過程拆解為更複雜，透過設計諸多環環相扣之環節，以最終達其隱藏之關聯交易目的¹²。表面上視之，該交易是在相互沒有關聯關係的各方之間進行，從而規避《企業會計準則—非貨幣性交易》及《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》，但實質上卻是關聯交易，此時即應依照實質與形式統一之原則進行調整。實務中經常遇到的尚有對「非經常性損益」及「淨資產收益率」之調整。此所謂之非經常性損益，依中國證監會 2001 年 4 月公布之《公開發行證券的公司信息披露規範問答第 1 號—非

¹² 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，186~187 頁。

經常性損益》之規定，是指公司發生的與生產經營無直接關係，以及雖與生產經營相關，但由於其性質、金額或發生頻率，影響了真實、公允地評價公司當期經營成果及獲利能力的各項收入、支出，此包括以下項目：交易價格顯失公允的關聯交易導致的損益；處理下屬部門、被投資單位股權損益、資產置換損益、政策有效期短於三年、越權審批或無正式批准文件的稅收返還、減免以及其他政府補貼、流動資產盤盈及盤虧損益、支付或收取的資金佔用費、委託投資損益、各項營業外收入、支出以及中國證監會認定的其他非經常性損益。這些項目分別以投資收益、補貼收入、營業外收入等計入利潤表，而其中大部分涉及關聯交易：交易價格顯失公允之關聯交易導致的損益本身就是關聯交易所致。處理下屬部門、被投資單位股權損益也是在關聯方間產生的、資產制換損益、支付或收據的資金佔用費、委託投資損益、各項營業外收入、支出也經常備用在關聯方間以進行盈餘操空及粉飾公司業績，應依照新的《企業會計準則—非貨幣性交易》、《企業會計準則—資產置換》及《企業會計準則—債務重組》，調整上述關聯交易產生的非經常性損益。

與非經常性損益緊密相關的是「淨資產收益率」之調整問題。由於中國大陸上市公司配股條件中有一項是「淨資產收益率在6%以上」，且未區分非經常性損益及經常性損益，因此中國上市公司為了取得配股資格，即利用非常規關聯交易在非經常性損益上創造「收益」。因為按規定。除購銷關聯交易產生的利潤計入主營業務之外，其他關聯交易產生之利潤主要計入非經常性損益，一些上市公司為粉飾業績以利配股，常利用關聯交易製造出非經常性損益項上的利潤此種短期偶然性收益。而籠統的淨收益率並不能反映出公司之營利能力，有的公司在扣除非經常性損益後勁利潤實際為負值。實際上，依照上市公司退是條件中「扣除非經常性損益後的淨收益為正」的規定精神，上述6%淨資產收益率也應該是在扣除非經常性損益後之計算結果。因而，在涉及關聯交易時，淨收益率需進行調整，應按照扣除非經常性損益後之淨收益為標準進行計算。但根本解決之道應是修改「6%淨資產收益率」之規定，將淨資產收益率確定為扣除非經常損益後的淨利潤與股東權益之比，以正式確立制度之依據。

2006年公布之會計準則對企業合併會計處理方法之變革，也是會計調整之法源依據之一。目前中國企業之合併大部分是同一控制下的企業合併，此種關聯交易不一定是合併方與被合併方雙方完全出於自願之交易行為，合併之對價通常也非雙方討價還價之結果，不代表公允價值，因此應以企業的帳面價值做為會計處

理和調整之基礎，以免利益操控。而非同一控制下的企業合併有雙方的討價還價之機會，是雙方自願交易之結果，因此有雙方認可的公允價值，但存在的問題是，有時合併雙方雖非處於同一控制下，卻可能處於相互控制下，合併行為還是可能成為非常規關聯交易，此時也不能以對方認可的所謂公允價值來處理。此規定也是比壞的結果，雖不得已，卻也不失為一種相對不壞之選擇。

從以上分析來看，中國對關聯交易應按相關規定加強會計調整，同時還應對下列相關規定進行改善：（一）規定配套措施，防止企業利用新準則重新採用公允價格之規定操控盈餘或謹慎採用公允價值，即使定價時採用公允原則，也要將舉證責任轉由關聯交易方負擔。（二）修改上市公司配股條件中「6%淨資產收益率」之規定，將淨資產收益率確定為扣除非經常損益後的淨利潤與股東權益之比，從而正式確立制度上之依據。（三）修訂《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》，規定當交易價格遠低於公允價格時，應對顯失公允之交易價格部分，一律不得確認為當期利潤，應當作資本公積處理且不得用於轉增資本或彌補虧損。同時規定對購買資產交易作相同處理。（四）在《關聯方之間出售資產等有關會計處理問題暫行規定》中規定：在租賃資產、委託與合作投資之情況下，參照出售資產之情形處理。同時規定確定租賃費和關聯方投資回報率的公平、合理原則及關聯交易方的舉證責任。（五）在會計法上進一步明確企業法定代表人和會計人員不按規定進行關聯交易會計調整責任¹³。

第二款 常規關聯交易會計調整之保證—審計

關聯交易會計調整之直接目的是使會計報表得以全面、真實、正確反應與關聯交易有關之訊息，而由於關聯方間之特殊影響關係，其所提供的會計報表在關聯交易之反映上極可能失真或失誤，因此獨立之審計特別重要。「審計」是一個有系統的過程，針對公司對其經濟活動與經濟事項所做的相關聲明，客觀地獲取證據，並對這些證據予以評估，以確定公司之聲明符合既定標準的程度，並將所獲得的結論傳達給財務報表使用者。審計的工作應由同時具備能力與獨立性的人員來執行，透過審計可以發現並促使其調整關聯方會計要素確認與計量中出現之缺失、濫用會計估計造成之會計訊息扭曲及會計記錄與揭露之失真。關聯交易之

¹³ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，186~189頁。

審計除了一般會計所要完成之任務外，還要特別關注關聯交易之關聯方、關聯方關係之揭露是否完整、關聯交易之類型、數量、金額以及定價政策是否符合營業常規。關聯交易之審計需對所有關聯方進調查，在確認關聯方的基礎上對各項關聯交易行逐一審計，而不能如一般審計僅進行抽樣調查。關聯交易之審計主要包括三方面：(一) 真實性、合法性與有效性之審計：「真實性」是指關聯交易業務之實際發生，且會計報表內之反應與實際情形相符；「合法性」是指關聯交易業務之內容與程序符合相關法令；「有效性」則指在關聯交易真實之前提下，交易之執行受法律保障，其執行結果對交易主體帶來相應之權利義務。(二) 對關聯交易相關資產或負債計量之審計。(三) 對關聯交易充分揭露之審計。

在中國，進行非常規關聯交易之企業通常不願意對外揭露其關聯關係及關聯交易，在此情形下，審計人員無法掌握前提要件，從而使關聯交易之審計存在困難。其次，實務運作上，審計機構是由經營階層所選任，因此其在選擇決定審計機構時可能被用來逃避責任，只有改由全體股東選任聘請審計機構，始能進一步解決此問題。由於此仍須透過股東會決議，而多數股東仍可能透過表決權優勢影響股東會決議，因此應同時規定不得聘請達到一定比例之少數股東有異議之審計機構，從一定程度上抑制公司控制股東逃避公正審計監督之行為。此外，關聯交易審計困難之另一主因為，企業會計準則與其他資訊揭露規則不完善，缺乏可操作性之詳細規定。例如《企業會計準則—關聯方關係及其交易之披露》要求揭露關聯交易之定價政策，但是未要求企業具體揭露決定該定價政策之基本因素及該定價與市價之可比性，導致企業客觀上不知如何處理，而亦有企業自始主觀上故意規避履行揭露義務，使得關聯交易審計之難度更為加大。

中國現行審計準則不完整亦增加關聯交易審計之難度。1999年7月1日起施行之《獨立審計具體準則第16號—關聯方及其交易》內所列舉之關聯交易審計程序方式過於簡單且欠缺關於關聯交易審計方法之條款。2006年新發布並於2007年施行之《中國註冊會計師審計準則第1323號—關聯方》規定較為全面。本準則第1323號適用於註冊會計師執行財務報表審計業務，管理階層依法有責任識別、披露關聯方和關聯方交易，而註冊會計師則應當瞭解被審計單位及其環境，以識別可能導致與關聯方及關聯方交易有關的重大錯報風險的交易及事項，並實施審計程序，就管理層是否按照適用的會計準則和相關會計制度的規定識別、披露關聯方和關聯方交易，獲取充分、適當的審計證據。該準則第7條規定：「註冊會計師應當複核由治理層和管理層提供的所有已知關聯方名稱的資訊，並

針對資訊的完整性實施下列審計程序：（一）複核以前年度工作底稿，確認已識別的關聯方名稱；（二）複核被審計單位識別關聯方的程序；（三）詢問治理層和關鍵管理人員是否與其他單位存在隸屬關係；（四）複核投資者記錄以確定主要投資者的名稱；在適當情況下，從股權登記機構獲取主要投資者的名單；（五）查閱股東會和董事會的會議紀要，以及其他相關的法定記錄；（六）詢問其他註冊會計師或前任註冊會計師所知悉的其他關聯方；（七）複核被審計單位向監管機構報送的所得稅申報表和其他資訊。」¹⁴此規定較詳細但仍有不夠完善之處，例如：詢問「治理層」與「關鍵管理人員」之定義不明，且與公司法用語不符、詢問「隸屬關係」應改為「關聯關係」及其近親屬等密切關係人與公司形成之關聯關係、查看「會議記錄」應比「會議紀要」更能找出關聯方及關聯交易之蛛絲馬跡。

此外，本準則第八條規定「註冊會計師應當按照適用的會計準則和相關會計制度的規定，確定被審計單位對關聯方關係的披露是否充分」亦顯得過於簡陋。為找出隱形化之關聯交易，本準則第 11 條要求註冊會計師於審計過程中應對下列顯得異常之交易保持警惕，考慮是否存在以前尚未識別出的關聯方。這些交易主要包括：（一）價格、利率、擔保和付款等條件異常的交易；（二）商業理由明顯不合乎邏輯的交易；（三）實質與形式不符的交易；（四）處理方式異常的交易；（五）與某些顧客或供應商進行的大量或重大交易；（六）未予記錄的交易。且亦提出可有助於識別出關聯方交易的存在之審計程序：（一）執行交易和餘額的細節測試；（二）查閱股東會和董事會的會議紀要；（三）複核大額或異常的交易、帳戶餘額的會計記錄，特別注意接近報告期末或在報告期末確認的交易；（四）複核對債權債務關係的詢證函回函以及來自銀行的詢證函回函，以發現擔保關係和其他關聯方交易；（五）複核投資交易。此規定得以強化並貫徹會計與審計上「實質重於形式」之原則。本準則第 12 條與第 14 條分別規定識別程序及資料蒐集程序，有利於審查關聯交易與識別非常規關聯交易。第 12 條規定，在審計過程中，註冊會計師實施的下列審計程序可能識別出關聯方交易的存在：（一）執行交易和餘額的細節測試；（二）查閱股東會和董事會的會議紀要；（三）複核大額或異常的交易、帳戶餘額的會計記錄，特別關注接近報告期末或在報告期末確認的交易；（四）複核對債權債務關係的詢證函回函以及來自銀行的詢證函回函，以發現擔保關係和其他關聯方交易；（五）複核投資交易。審計人員對

¹⁴ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，190 頁。

於審計過程中識別出之關聯交易，應認真進行審查並考慮其對審計報告之影響。審計人員在確定關聯交易對審計報告之影響時，應首先注意關聯交易價格之公平性與揭露之充分性。在發現問題時，應依規定出具保留意見或否定意見之審計報告。審計機關在審計報告階段，應就關聯交易所涉及有重大調整事項、關聯交易及其揭露所存在之問題及審計意見重大影響等方面，與公司股東會或管理階層進行溝通，並依照溝通及處理情形，決定審計報告之類型、標準、待強調事項無保留意見、無法表示意見、保留意見。本準則第 16 條明訂如果無法就關聯方和關聯方交易獲取充分、適當的審計證據，或關聯方和關聯方交易的披露不充分，註冊會計師即應當出具恰當的非無保留意見的審計報告。但在當前中國大陸常有負責審計之註冊會計師為了爭攬業務而進行不負責任審計，嚴重影響公眾的信任與對審計重要性之認識，並在一定程度上產生劣幣驅除良幣之效應，使得審計之客觀公正性受到質疑，即使連世界知名之四大會計師事務所也在中國紛紛爆出醜聞¹⁵。因此，加重審計單位與審計人員違法違規之法律責任、培養審計人員之榮譽感及合理區分審計人員與會計人員之不同責任，是不可或缺之工作。

2006 年新出爐之《中國註冊會計師審計準則第 1141 號—財務報表審計中對舞弊的考慮》第 5 條列出之錯誤包括「在運用與確認、計量、分類或列報（包括披露）相關的會計政策時發生失誤。」第 6 條對舞弊進行了規定，並在第 7 條列出兩類與財務報表審計相關之故意錯報：（一）對財務訊息做出虛假報告導致之錯誤。（二）侵佔資產導致之錯報。非常規關聯交易之會計處理上有錯誤者，絕大部分事涉舞弊，審計人員應特別注意，否則將承擔一定之責任。但在第 21 條明訂，如果在完成審計工作後發現舞弊導致的財務報表重大錯誤，特別是串通舞弊或偽造文件記錄導致的重大錯報，並不必然表明註冊會計師沒有遵守審計準則。

與關聯交易會計處理相關的審計準則，尚有新修訂之《中國註冊會計師審計準則第 1142 號—財務報表審計中對法律法規的考慮》，其第 21 條規定：「註冊會計師應當充分關注可能表明被審計單位違反法律法規的下列信息：...（三）與關聯方存在異常交易...」並在第 22 條規定：「當發現可能存在違反法規行為時，註冊會計師應當瞭解該行為的性質及發生之環境，並獲取其他適當信息，以評價其

¹⁵ 新華網，金融信息風險與“四大”會計師事務所，2007 年 11 月 15 日
http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/world/2007-11/15/content_7077469.htm（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。

對財務報表可能產生的影響。」第 23 條進一步明確規定：「在評價違反法規行為對財務報表可產生的影響時，註冊會計師應當考慮：... (二) 潛在財務後果是否需要披露，以至於影響到財務報表的公允反應。」這些規定對於審計中發現非常規關聯交易及出具審計報告較具指導性，特別是第 34 條規定：「如果發現被審計單位存在嚴重違反法規行為，註冊會計師應當考慮法律法規是否要求其向監管機關報告；必要時，徵詢法律意見。」為非常規關聯交易之監督與有關部門進行之調整奠定了基礎。不過，並沒有相關的法律法規明確規範審計機關和審計人員必須向何機關報告及徵詢何者之法律意見。

綜合以上分析，有學者認為中國大陸應從制度上作以下調整：(一) 在規則和指南中具體規定如何揭露關聯交易之定價政策，揭露決定該定價政策之基本因素及該定價與市價之可比性。(二) 在審計規則中完善有關審計程序和具體方法之規定：**第一是審查確定關聯方及其交易是否存在及揭露方面**：主要程序包括 (1) 向股東會、董事會及監事會瞭解關聯方及交易情況。(2) 向高級管理人員瞭解關聯方及其交易情況。(3) 透過股東大會與董事會之會議記錄以及公司重要請示、批示查證關聯方及交易情況。(4) 透過以前年度的工作底稿、審計報告或前任審計機構查詢關聯方及交易情況。(5) 審查審計期間的重大投資交易，並依照交易的性質及程度，確定是否構成新的關聯方。(6) 複核投資者記錄已確定主要投資者的名稱；在適當情況下，從股權登記機構獲取主要投資者名單。(7) 複核被審計單位向監管機構報送的所得稅申報表與其他訊息。**第二是審查關聯交易之性質、金額其及披露的充分性與公允性方面**：(1) 於存在控制關係之情況下。需注意其會計報表附註中是否披露了下列事項：企業所持股份或權益及其變化；企業經濟性質或類型、註冊資本及其變化、高級管理人員之獨立性（以避免人事連鎖）、企業主營業務之獨立性等。(2) 企業與關聯方發生交易時，注意審查其會計報表附註中是否揭露了關聯方之性質、交易類型、交易金額及相應之定價政策。(3) 對所有重大關聯交易進行實質性測試，並在實質性測試中重點審查所持股份或權益之變化過程是否充分揭露。(4) 審查相同關聯交易的合併揭露是否恰當、是否存在對會計報表使用者造成重大誤解之情形。(三) 在相關制度內均明確規範審計機構必須由全體股東聘請，同時規定不得聘請達到一定比例的少數股東有異議之審計機構。(四) 明確規定審計機構與審計人員發現較重大非常規關聯交易時必須向某特定監管機構（如財政部、稅務局、證監會）報告。(五) 調整法規範中之用語。(六) 增加徵詢審計程序

和獨立評估的檢查程序。(七)加重審計機構和審計人員違法違規之法律責任，並同時區分審計和會計人員之責任。¹⁶

第三款 台灣力霸案之關聯交易審計問題

會計上之充分揭露原則，在貫徹軟性立法，其典型釋例即是關係人交易（關聯交易）之揭露。會計準則從不禁止公司與其關係人進行交易，亦不規定「凡與關係人交易時，須有必要、條件須公平、價格須合理」，亦不去禁止凡無必要、條件不公平、價格不合理之關係人交易，就不得進行，只藉財務會計準則第六號公報「關係人交易之揭露」而簡單規範：凡企業與其關係人進行交易，即需揭露。至於交易有無必要、條件與價格是否公平，由財務報表閱表人自行判斷。關係人交易之揭露必須充分，若有故意遺漏，是舞弊；如為過失遺漏，則屬錯誤。不論舞弊或錯誤，只要夠重大，會計師不得出具無保留意見（台灣審計準則公報第6號「關係人交易之查核」第11條）。財務會計準則第6號公報在決定誰是應納入揭露範圍之關係人時，係採實質關係人的觀念，一個人、一家公司是否為實質關係人之判斷，得由交易之價格、必要性，以及其他交易條件來倒推。所謂舞弊（fraud），係指受查者之內部人故意使用詐術來騙人之行為。行為人使用詐術，表示其有騙人的意圖；至於騙人的目的，則在獲取不當或非法之利益。該行為人必為企業的內部人，而其職位，可高可低，包括管理階層、公司治理單位或基層員工；其人數不拘，可以是一人獨自犯案，或與他人合謀；至於與之合謀的他人，則可以是受查者之員工，或是外部人。舞弊的結果，常造成報表不實；至於舞弊的型態，大可分為財務報導舞弊與挪用資產二類。舞弊可發生在整個會計過程中的任何一個時點，不論是資料之取得與處理、辨認、衡量、記錄、分類、表達或揭露¹⁷；不論工作是進行會計估計、選用會計原則，或者決定附註究要表達那些事項、使用那些文字，無一不可舞弊。

就力霸企業集團掏空資產乙案而言，即可分為五大弊案，包括友聯產險以不動產假交易掏空弊案、中華商銀涉嫌違法超貸（對其關係人從事無擔保放款及擔保品鑑價過高之超貸）及低價出售不良債權案、力華票券違法票貼關係企業案、力霸及嘉食化等公司

¹⁶ 孫愛林，「關聯交易的法律規制」（法律出版社 2006 年 12 月第一版）191~194 頁。

¹⁷ 王志誠，金融機構關係交易之監控機制—從力霸企業集團事件談起，月旦法學雜誌，第 143 期，2007 年 4 月，190~214 頁。

內線交易弊案、亞太固網弊案。力霸一案王氏家族所採用的舞弊手法，其中主要在於關係人交易、長期投資等帳項之衡量。力霸案王氏家族舞弊及各涉案人中飽私囊的舞弊犯罪手法嚴重到檢察官怒斥的地步，其批判、嚴厲之程度，司法史罕見。其中，會計師理應身負守門人的角色，但卻未加善盡應有的注意而導致審計失敗。王氏家族成員一方面想挪用公司資源供自己使用，另一方面，又怕挪用資產一事被揭發，即編製不實報表加以隱匿，致財務報導不實。進行不實報表之舞弊，可藉外部工具之助，亦可獨立進行。小公司即工具（vehicle），在有小公司相助時，財務報導不實，可能進行假進貨；在獨立進行時，即與避免計提逾放損失、投資損失等非現金費用有關。力霸集團內的小公司，至少有六十八家，該等公司之地址、員工與業務，均顯示其非獨立運作之公司，而為王氏家族所掌控，單、郝二簽證會計師及查帳小組其他成員均知悉甚詳，且單會計師自己甚至還同時簽證多家小公司。於是，當力霸報表附註遺漏某一關係人及其交易，而會計師未要求力霸更正時，已屬不當；若會計師還刪除原已納入附註之關係人，則更已違法，恐難逃明知故意舞弊之合謀。在力霸案，檢察官即發現會計師的行為屬故意舞弊而非僅是錯誤疏漏。

會計師有搜集充分及適切之查核證據，作為其出具意見基礎之責任。會計師的查核證據是兩面刃，可證明會計師已盡專業注意，無審計失敗，也可證明會計師未盡專業注意，有審計失敗。在力霸案中，簽證之單會計師不但缺乏獨立性，只知配合公司負責人之要求，而且事前搜集的證據不足，對受查者業務之了解不夠，未興起專業懷疑

（professional skepticism）之心，事後還會銷毀已搜集到的資料。會計師的身分，是守門員，不是專門只會開門的人，不應如百貨公司的電梯小姐一般，等電梯門一開，看見顧客，就哈腰一律表示歡迎他進門來，而從不阻擋。會計師如不以增進公共利益為念，若置這個行業的專業責任於不顧只想到保障自己的權益，將引發司法人員的反制，使自己暴露於無力承受之高風險之中。¹⁸

第二項 稅收調整（稅務稽查）--減少對稅收之危害

對非常規關聯交易進行稅收調整之基礎，是稅捐稽徵機關對企業之報表與納稅情形進行審查，當發現企業在關聯方之間未按外部市場上獨立企業交易原則進

¹⁸ 馬秀如，侯宜廷，受查者舞弊與審計失敗－力霸案之省思，會計研究月刊 261 期，www.accounting.org.tw）。

行交易，而是透過非常規關聯交易轉讓定價時，如果此一交易不能或不需被有關司法或行政機關宣告無效或被撤銷，則稅捐稽徵機關按獨立企業交易原則調整並重新分配該企業之利潤、稅收扣除及其他收入項目，並按調整後之數額確認其應稅所得額，強制其繳納稅款或罰款以減少國家稅收損失。由於各國或同一國之各區域有不同之稅率及相關稅捐優惠政策，因此企業集團常利用此種不同將利潤移轉到稅率較低之國家或地區，以減輕企業集團整體稅賦。對非常規關聯交易進行稅收調整之主要目的是保護國家稅收不受侵害，但在實施預約定價稅制之國家或地區，如果企業與稅捐機關間已約定採用預約定價協議，則只要企業按照協議執行，即使未完全按獨立企業交易原則進行交易，稅捐稽徵機關亦不應再進行稅收調整。

中國大陸對關聯交易之稅收調整制度，主要是透過《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法》、《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》、《中華人民共和國稅收徵收管理法實施細則》（以下簡稱《稅收徵收管理法實施細則》）以及《關聯企業間業務往來稅務管理規程》等進行規範。《外商投資企業和外國企業所得稅法》¹⁹第 13 條規定：外商投資企業或者外國企業在中國境內設立的從事生產、經營的機構、場所與其關聯企業之間的業務往來，應當按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用。不按獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用，而減少其應納稅的所得額的，稅務機關有權進行調整。《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》第 54 至 57 條分不同情形進行具體規定：第一，對於企業與關聯企業之間的購銷業務，不按獨立企業之間的業務往來作價的，當地稅務機關可以依照下列順序和確定的方法進行調整：（一）按獨立企業之間進行相同或者類似業務活動的價格；（二）按再銷售給無關聯關係的第三者價格所應取得的利潤水準；（三）按成本加合理的費用和利潤；（四）按其他合理的方法。第二，企業與關聯企業之間融通資金所支付或者收取的利息，超過或者低於沒有關聯關係所能同意的數額，或者其利率超過或者低於同類業務的正常利率的，當地稅務機關可以參照正常利率進行調整（第 55 條）。第三、企業與關聯企業之間提供勞務，不按獨立企業之間業務往來收取和支付勞務費用的，當地稅務機關可以參照類似勞務活動的正常收費標準進行調整（第 56

¹⁹ 中國大陸於 2007 年 3 月 16 日通過「中華人民共和國企業所得稅法」，並自 2008 年 1 月 1 日起施行。「中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法」和「中華人民共和國企業所得稅暫行條例」自 2008 年 1 月 1 日同時廢止。

條)。第四、企業與關聯企業之間轉讓財產、提供財產使用權等業務往來，不按獨立企業之間業務往來作價或者收取、支付使用費的，當地稅務機關可以參照沒有關聯關係所能同意的數額進行調整（第 57 條），並規定企業不得列支向其關聯企業支付的管理費。且《國家稅務總局關於關聯企業間業務往來發生壞帳損失稅前扣除問題通知》（2000 年 11 月 24 日）還規定，納稅人與關聯方之間的任何往來帳款不得提取壞帳準備金，也不得確認壞帳。

《稅收徵收管理法實施細則》（2002 年）第 54 條規定稅務機關可以調整其應納稅額的納稅人與其關聯企業之間的五種業務往來，與上述《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》之規定基本相同，但多增加一項「未按照獨立企業之間業務往來作價的其他情形」之概括規定，使主管機關之認定彈性更大。第 55 條規定，納稅人有上列情形之一者，稅務機關可以依照四種方法調整計稅收入和或者所得額。此四種方法與前述《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》第 54 條規定相同，但《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》原本只針對購銷業務，而《稅收徵收管理法實施細則》（2002 年）則是針對全部關聯交易之情形，範圍較廣，執行性更強。

原《關聯企業間業務往來稅務管理規程》（1998 年）已於第 27 條規定：「對企業與其關聯企業之間的業務往來，不按照獨立企業之間的業務往來收取或者支付價款、費用，而減少其應稅收入或應納稅的所得額的，主管稅務機關應依照關聯企業間業務往來的類型、性質以及審計的結果，並考慮相關因素，選用相應的調整方法。」原第 28 條已詳細列舉四種調整有形財產購銷業務轉讓定價之調整方法，包括可比非受控價格法、再銷售價格法、成本加成法及其他合理辦法（如可比利潤法、利潤分配法、淨利潤法等）。但因 2001 年 5 月 1 日起施行的《中華人民共和國稅收徵收管理法》及 2002 年 10 月 15 日起施行的《中華人民共和國稅收徵收管理法實施細則》有關條款的規定，與原《關聯企業間業務往來稅務管理規程》（國稅發[1998]59 號）的相關條款用語有所出入，因此於 2004 年 10 月 22 日中國國家稅務總局又對《關聯企業間業務往來稅務管理規程》（1998 年）及《關聯企業間業務往來稅務審計、調查和稅收調整工作程式底稿》的相關表書進行修訂。《關聯企業間業務往來稅務管理規程》（2004 年修訂）大多僅將原《關聯企業間業務往來稅務管理規程》文義不清楚之處敘明，並未修改大方向。例如將第 28 條之轉讓定價之調整方法中之「其他合理方法」增加「採用其他合理方法，關鍵是要注意其可比性、合理性及方法的使用條件。」並將該條原第一項 4

款及第二項拆分修改為第 5、6 兩款：「（五）依照稅收徵管法實施細則第 53 條的規定，經企業申請，主管稅務機關批准，也可對未來年度的關聯企業間業務往來採用預約定價。（六）對企業未能按期提供其與關聯企業間業務往來價格、費用標準等資料的；或者提供虛假資料；或者不如實反映情況；或者拒絕提供有關資料的，主管稅務機關應按稅收徵管法實施細則第 47 條的規定採用合理方法核定，調整其應納稅的收入或者所得額。」該規程第 29 至 32 條則分別對融資、提供勞務、提供租賃等形式的有形財產使用權及轉讓無形資產或提供使用權等關聯交易的稅收調整進行了規定，基本原則與《中華人民共和國稅收徵收管理法實施細則》及《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》一致。上述規程還在第 32 條特別規定關聯企業間轉讓無形財產的作價或收取的使用費參照沒有關聯關係所能同意的數額進行調整。該規程修訂時間晚於上述二實施細則，相較之下，規定得較為具體。

此外，在本規程第八章「稅收調整的實施」中第 37 條另特別將「追溯調整」修改為「審計調查時限與追溯調整時限」：（一）主管稅務機關對企業轉讓定價的審計調查和調整，一般應自正式向企業下達審計通知書之日起三年內進行。因特殊情況，需要延長審計調查時限的，應逐級上報國家稅務總局批准，但最長不得超過五年。（二）主管稅務機關對企業轉讓定價的審計調查和調整，涉及以前年度應納稅的收入或者所得額的，應依照稅收徵管法實施細則第 56 條以及國家稅務總局關於貫徹《中華人民共和國稅收徵收管理法》及其實施細則若干具體問題的通知[國稅發（2003）47 號]第 12 條的規定，向前追溯調整，一般為三年，但最長不得超過十年。第 39 條修訂為「對企業轉讓定價調整的應納稅的收入或者所得額，涉及其境內、外關聯企業間業務往來需相應調整的，應依據不同情況，按照稅收法律、法規以及稅收協定的有關規定，予以處理。且具體規定 1. 同一省（自治區、直轄市、計畫單列市）內的關聯企業間業務往來需相應調整的，應由需進行相應調整的企業將調整依據、內容、期限、具體計算等書面上報主管稅務機關，主管稅務機關審核後，逐級上報省、自治區、直轄市、計畫單列市稅務機關批准。2. 跨省（自治區、直轄市、計畫單列市）的關聯企業間業務往來需相應調整的，應由需進行相應調整的企業將調整依據、內容、期限、具體計算等書面上報主管稅務機關，主管稅務機關審核後，逐級上報國家稅務總局批准。3. 跨國的關聯企業間業務往來需相應調整的，依照稅收協定聯屬企業、協商程序、情報交換等條款的規定處理。應由需進行相應調整的企業先徵得協定國稅務主管當局

的同意後，將調整依據、內容、期限、具體計算等書面上報主管稅務機關，主管稅務機關審核後，逐級上報國家稅務總局依序辦理。4.需相應調整的關聯企業間業務往來超過主管稅務機關正式下達《轉讓定價應稅收入或應納稅所得額調整通知書》之日起三年的，主管稅務機關可不予辦理。」並將原規程第 50 條所訂「港、澳、臺胞投資的外商投資企業和外國企業，比照本規程執行。」修訂為「在中華人民共和國境內，外商投資企業和外國企業以外的企業，比照本規程執行。」以資明確。《關聯企業間業務往來稅務管理規程》（2004 年修訂）之規定顯然較前述《中華人民共和國稅收徵收管理法實施細則》及《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》更詳細且合理，但法律層級卻較低，恐將造成法律適用上衝突時，反而適用層級較高但較粗略之後二實施細則之不合理現象。

自 20 世紀 70 年代末中國改革開放以來，給予外資企業較優的稅收政策、土地使用政策等一直是吸引外資的重要手段。改革開放初期，中國資金、外匯短缺、市場體制不健全，給外資一定的優惠，有利於中國吸收更多的外資到中國以彌補中國資金之不足，增加出口，補充中國外匯之不足。中國採取的優惠措施加上其他因素，在吸引外資方面取得了明顯成效。但是超國民待遇的外資政策也帶來許多問題，除了國內企業抱怨不公平外，由於稅收政策雙軌制存在漏洞，一些內資企業採取將資金轉移到境外再投資到境內的辦法，以享受外資優惠待遇，造成中國政府稅款之流失，且對中國國內企業構成了稅收上之不公平，而形成外資企業與中國國內企業不公平競爭之現象。由於中國國內享受稅收優惠政策的經濟開發區與特區相當多，對於中國國內關聯企業在國內不同地區間移轉定價交易之稅收調整也需與國際間交易一樣重視。且目前中國對涉外稅法之規定不如國內稅法規定具體及有可執行性，且基於稅法而將稅務部門分為國內和國外所得稅管理機關之作法，亦不利於關聯企業相關訊息之掌握與溝通。因此，統一內資企業與外資企業之所得稅法之呼聲極高，且一旦通過對關聯交易稅收調整也會發揮積極作用。鑑於中國目前與改革開放初期已經有很大不同，外匯與資本已經不再是中國經濟發展的瓶頸，解決資金匱乏問題不再是吸引外資的主要目的。基於此背景原因，中國全國人民代表大會於 2007 年 3 月 16 日通過新《企業所得稅法》，使外資企業在中國享受 20 多年的超國民待遇走向終結。新的稅法於 2008 年 1 月 1 日開始實施，依照新的稅法，外資企業將不再享有比中國國內企業低十幾個百分點之優惠稅率，與內資企業一樣需繳納 25% 所得稅，內資與外資所得稅「兩稅合一」，符合公平競爭的市場法則，且另

一修法重點在於有助稅捐機關對關聯交易稅收之調整²⁰：包括第一、「授予稅務機關反避稅的權力和推行預約定價安排」：新稅法規定，企業與其關聯方之間的業務往來，不符合獨立交易原則而減少企業或者其關聯方應納稅收入或者所得額的，稅務機關有權按照合理方法調整。同時也推行預約定價安排，允許企業可以向稅務機關提出與其關聯方之間業務往來的定價原則和計算方法，稅務機關與企業協商、確認後，達成預約定價安排。第二、「企業須配合反避稅調查」：新稅法規定，企業向稅務機關報送年度企業所得稅納稅申報表時，應當就其與關聯方之間的業務往來，附送年度關聯業務往來報告表。稅務機關在進行關聯業務調查時，企業及其關聯方，以及與關聯業務調查有關的其他企業，應當按照規定提供相關資料。第三、「反避稅調整須補繳「利息」」：新稅法增加了反避稅的力度，規定稅務機關對企業作出特別納稅調整後對補徵的稅款，自稅款所屬納稅年度的次年6月1日起至補繳稅款之日止的期間，按日加收利息，且加收的利息不得在計算應納稅所得額時扣除。

第三項 歸入制度—減少對公司、股東及利害關係人的損害

「歸入權」是公司法與證券法上一重要制度，在公司法上大多適用於董事違反競業禁止義務之情形，證券法上多適用於內部人短線交易。此歸入制度並不根本否定交易之所得，而是將此一所得之所有權歸屬主體進行調整，歸給公司，使透過交易方最終無實際經濟效果而避免或減少關聯交易，並特別給予潛在欲進行此類交易之行為人多一項考量因素而予心理壓力，進而減少關聯交易之發生。在公司發生關聯交易後，可能對公司、未參與交易之其他股東及公司債權造成損害，因此法律透過利益歸入制度給予公司補償，從而間接對未參與交易之股東及公司債權人提供補償。²¹歸入權並非以關聯交易之非常規性為前提，而主要針對未揭露關聯利益之情形即可適用。

第一款 中國大陸規定

中國大陸原公司法將違反競業禁止義務之歸入權與董事自我交易類型之關

²⁰ 新《企業所得稅法》對外商投資者的若干規定，<http://www.wenweipo.com>，2008年3月10日（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

²¹ 董方軍，論歸入權的性質，當代法學，2002年3期，78~80頁。

聯交易同時規定於第 61 條中，但未規定非常規關聯交易之歸入權。實際上，歸入制度不僅適用於公司董事，也應適用於對公司具有誠信義務且能從內部訊息之使用中獲利之任何人，這些人均應在違反對公司之義務而有獲利時，將獲利歸入公司。中國大陸 2005 年新修訂之公司法進行一定調整，新《公司法》第 149 條規定：「董事、高級管理人員不得有下列行為：（一）挪用公司資金；（二）將公司資金以其個人名義或者以其他個人名義開立帳戶存儲；（三）違反公司章程的規定，未經股東會、股東大會或者董事會同意，將公司資金借貸給他人或者以公司財產為他人提供擔保；（四）違反公司章程的規定或者未經股東會、股東大會同意，與本公司訂立合同或者進行交易；（五）未經股東會或者股東大會同意，利用職務便利為自己或者他人謀取屬於公司的商業機會，自營或者為他人經營與所任職公司同類的業務；（六）接受他人與公司交易的佣金歸為己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）違反對公司忠實義務的其他行為。」並於第 149 條第 2 項規定：「董事、高級管理人員違反前款規定所得的收入應當歸公司所有。」但本條並未包括董事、高級管理人員進行未經揭露之關聯交易時之公司歸入權，且適用主體僅限於「董事、高級管理人員」，並未包括控股股東、實際控制人、監察人等其他關聯方進行不當關聯交易時之歸入權。且也未明確規範歸入權之行使主體及方式，在實施雙軌制之中國，宜在修法時明確規範對董事、高級管理人員之歸入權行使由監察人進行，而對監察人違反誠信義務進行非常規關聯交易時之歸入權則由董事會行使，以資明確。

歸入權在證券法上亦是重要制度，由於關聯方透過證券交易特別是「短線交易」之獲利機會多、收益快，因此實際發生之情形相當多，故各國證券法均相當重視此問題之規範。美國 1934 年《證券交易法》16b、日本 1996 年修訂之《證券交易法》第 164 條均有此類短線交易獲利歸入予公司之規定。雖該關聯方雖非直接與公司進行交易，但直接影響到公司之利益，且交易對象也是公司之原有股東或將來潛在股東，仍有利益之關聯性，因此廣義來說，亦可視為關聯交易之一環。中國大陸 2006 年 1 月 1 日起施行之《中華人民共和國證券法》第 47 條規定：「上市公司董事、監事、高級管理人員、持有上市公司股份百分之 5 以上的股東，將其持有的該公司的股票在買入後六個月內賣出，或者在賣出後六個月內又買入，由此所得收益歸該公司所有，公司董事會應當收回其所得收益。但是，證券公司因包銷購入售後剩餘股票而持有百分之 5 以上股份的，賣出該股票不受六個月時間限制。公司董事會不按照前款規定執行的，股東有權要求董事會在三十日

內執行。公司董事會未在上述期限內執行的，股東有權為了公司的利益以自己的名義直接向人民法院提起訴訟。公司董事會不按照第一款的規定執行的，負有責任的董事依法承擔連帶責任。」與公司法相比，證券法明確規定由董事會行使此歸入權，並明確規定如董事會不行使時之董事責任。作為規範非常規關聯交易制度之一，中國大陸之歸入權制度仍可進行下列方面之改善：（一）將公司法上董事和高級管理人員的獲利歸入制度，擴大範圍到董事及高級管理人員未揭露關聯利益而進行關聯交易之情形下，不論該交易是否是違反營業常規，公司均可行使歸入權，以促使相關人揭露關聯交易。（二）除了對董事及高級管理人員行使歸入權之外，宜在公司法內明確規定控股股東、實際控制人、監察人等其他關聯方進行不當關聯交易時，公司亦有權將其所獲得之利益歸入公司。²²

第二款 台灣規定

台灣於公司法與證券交易法亦均分別規定歸入權制度。依公司法第 209 條第一項規定：「董事為自己或他人為屬於公司營業範圍內之行為，應對股東會說明其行為之重要內容並取得其許可。股東會為前項許可之決議，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東之出席，以出席股東表決權過半數之同意行之。第四項規定「董事違反第一項之規定，為自己或他人為該行為時，股東會得以決議，將該行為之所得視為公司之所得。但自所得產生後逾一年者，不在此限。」另依證券交易法第 157 條及其施行細則第 11 條規定，上市（櫃）公司之董事、監察人、經理人及持股超過百分之十之大股東（以下均稱為內部人），對公司之股票及具有股權性質之其他有價證券，於取得後六個月內再行買出，或於賣出後六個月內再行買進，因而獲得利益者，公司應請求將其利益歸於公司。證券交易法第 157 條第 2 項亦規定「發行股票公司董事會或監察人不為公司行使前項請求權時，股東得以三十日之限期，請求董事或監察人行使之；逾期不行使時，請求之股東得為公司行使前項請求權」，台灣之「歸入權」監控由投資人保護中心進行，該中心依主管機關規定，得以上市（櫃）公司股東身分發函要求公司行使歸入權，若逾期未行使，將視案件具體情形進行一般訴訟或督促程序，要求內部人將短線差額利益歸還予公司。同條第 3 項規定「董事或監察人不行使第一項之請求權以致公司受損害時，對公司負連帶賠償之責。」由上述內容可知，公司之董事會或

²² 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，202~204 頁。

監察人不行使歸入權時，其股東於依法催告後得代位公司行使之，若董監事之怠於行使歸入權造成公司之損害時，該等董監事尚應對公司負連帶賠償責任。

第四項 少數反對股東之退出機制—減少對少數股東之危害

在母公司是子公司之絕對多數股東時，即便經合法揭露關聯交易並進行關聯交易之股東會決議程序，少數股東持股根本無法在討論關聯交易之股東會決議程序中發揮阻礙該關聯交易通過表決之影響力，此時少數股東處於極不利之地位，因此為了避免少數服從多數所帶來之不利影響，應在關聯交易可繼續進行之同時，確立少數反對股東之退出機制，並保證以公平合理價格轉讓其所持有之股份，以確保少數反對股東之利益，而非以極不合理之方式逼迫其退出公司。為了保證少數反對股東退出之公平合理性，即有賦予反對股東對公司之股份收買請求權（appraisal right）之制度設計²³。股份收買請求權包括「請求公司收買之權利」及「請求收買時合理評估股票價格之權利」，此制度通常適用於公司合併或重大交易而反對該議案之股東。美國《示範公司法》第 13.02 (a)、美國《示範商事公司法》(Model Business Corporation Act)、德國《股份公司法》第 319 及 320 規定、日本商法第 245 條之 2、台灣公司法第 186 條、317 條均有此機制設計之條文。德國對少數異議股東的保全更為健全，除了股份收買請求全之外，仍賦予少數股東股票置換之選項。

依照中國大陸新《公司法》第 75 條規定：「有下列情形之一的，對股東會該項決議投反對票的股東可以請求公司按照合理的價格收購其股權：(二) 公司合併、分立、轉讓主要財產的；(三) ...。自股東會會議決議通過之日起六十日內，股東與公司不能達成股權收購協議的，股東可以自股東會會議決議通過之日起九十日內向人民法院提起訴訟。」上述條文中，能防止關聯方控制公司而作出不利於公司少數股東或不符合少數股東意願之行為的第 (二) 款規定卻不夠詳盡，且此一規定僅針對有限責任公司之反對股東，並不包括股份有限公司之反對股東，亦無條文明訂股份有限公司準用此規定。而股份有限公司反對股東之收買請求權僅略規定於 143 條，且僅限於股東因對股東大會作出的公司「合併」、「分立」決

²³ 田桂茹，上市公司關聯交易中的中小股東權益保護，法學雜誌，第 24 卷，2003 年 11 月 15 日，70～71 頁。

議持異議，而要求公司收購其股份之之情形，不包括第 75 條所述之其他情形，對於股份有限公司之少數股東保護不足，不利於全面規範非常規關聯交易。

此外，在證券法上，反對股東之收買請求權與強制收購要約二者之間是息息相關的，且外在表現為收購者購買少數股東股份之強制義務。當收購者收購目標公司股權達到一定比例時，法律將強制其向目標公司全體股東發出全面收購要約。此一比例各國之具體規定不一，美國是 5%、日本與加拿大是 10%、加拿大諳大略省是 20%，新加坡是 25%、英國是 30%、香港是 35% 等乃依各國上市公司股份不同之分散情況而訂定。中國大陸且新《證券法》(2005 年修訂) 第 88 條仍如同原《證券法》及《股票發行與交易管理暫行條例》規定為 30%，但刪除了原《證券法》第 81 條之但書，並將主體由「需投資者自己持有」修改為「投資者持有或通過協議、其他安排與他人共同持有」。將關聯方持有之股份進行合併計算，以免關聯方聯手控制目標公司之高階經營管理階層進行不當關聯交易，以適應上市公司股權日益分散及國有股權全面流通改革之趨勢。

中國大陸關於反對股東收買請求權之相關法令尚不健全，非常粗略，應可進行下列改進方向：(一) 在公司法內規定少數反對股東可選擇進行股份置換，亦可選擇要求公司以公平合理價格收購其所持股份。(二) 修訂公司法規定，對於反對股東會決議之重大關聯交易之股東賦予對公司之股份收買請求權，使反對股東有權選擇退出公司。在反對股東選擇退出時，享有所持股份之評估權，公司其他股東必須以合理評估價格收購其股份。(三) 在公司法內規定少數反對股東會前通知和會上確認義務及請求權實現方式，並規定合理股份價格評估方式。(四) 刪除《證券法》第 96 條規定之但書，健全證券法上反對股東之股份收買請求權，並明確規定股價評估所需遵循之公平合理原則或收購價不低於當時最高市價等相關程序。²⁴

²⁴ 劉俊海，新公司法應確認反對股東股份收買請求權，中國股權分置改革網，http://www.cs.com.cn/gqfz/yjx/200507/t20050728_724030.htm，2005 年 7 月 28 日（網站最後參訪日期：2008 年 5 月 1 日）。。

第三節 非常規關聯交易之否定

第一項 關聯交易之撤銷與無效

中國大陸曾經存在非常規關聯交易撤銷制度。中國證監會於 1997 年 12 月 16 日發布之《上市公司章程指引》第 83 條規定：「董事個人或者其所任職的其他企業直接或間接、公司已有的或者計畫中的合同、交易、安排有關聯關係時（聘任合同除外），不論有關事項在一般情況下是否需要董事會批准同意，均應當盡快向董事會披露其關聯關係的性質和程序。除非有關聯關係的董事按照本條前款的要求向董事會作了披露，並且董事會在不將其計入法定人數，該董事亦未參加表決的會議上批准了該事項，公司有權撤銷該合同、交易或安排，但在對方是善意第三人之情況下除外。」但上述規定只適用於上市公司，適用範圍過小且法律層級過低，再者，中國證監會有關涉及上市公司的非常規關聯交易之撤銷制度與公司法上採用股東會決議無效或撤銷制度存在適用上矛盾之處，因此於 2006 年修訂之《上市公司章程指引》（證監公司字[2006]38 號）即已刪除前揭規定，正式回歸公司法內股東會決議無效或撤銷制度之規定。

第一款 股東會決議之撤銷、無效

關聯交易一般基於股東會決議，而對於進行關聯交易之決議，大多由於存在瑕疵才會導致非常規關聯交易。一般而言，股東會決議之瑕疵可分為「程序瑕疵」與「實質內容瑕疵」兩方面。「程序瑕疵」主要包括未盡合法通知、未達法定人數、未進行應有之揭露程序、關聯董事或股東於表決時未迴避等；「實質內容瑕疵」則主要指股東會決議違反法令或公司章程之規定。對於股東會瑕疵之效力問題，除了「無效」與「得撤銷」二種效力之外，另有學者主張此二種效力不足以涵蓋股東會決議根本未成立之情形，亦即不具備股東會或股東會決議成立要件之決議：例如根本未召開股東會而以書面製作之虛假會議記錄，以及非股東以股東身份所作成之虛偽決議等，因此應尚有決議「不成立」之效果。此外，決議不成立與決議撤銷之界線在理論上應劃清，即決議不成立時，是因欠缺股東會或決議成立之要件；而決議存在撤銷之原因時，則是股東會及其決議滿足了成立要件與

生效要件，只是因股東會決議程序存在較輕之瑕疵，而影響決議之公平性或正當性而使該決議處於可撤銷之狀態²⁵。股東會不成立之原因，則是股東會不具備決議能力或資格，也可能是股東會決議欠缺成立要件，例如同意數未達到公司法規定之最低表決權數時，應為不成立。

一、 中國大陸

依照中國大陸新《公司法》第 22 條規定：「 I. 公司股東會或者股東大會、董事會的決議內容違反法律、行政法規的，無效。 II. 股東會或者股東大會、董事會的會議召集程序、表決方式違反法律、行政法規或者公司章程，或者決議內容違反公司章程的，股東可以自決議作出之日起六十日內，請求人民法院撤銷。 III. 股東依照前款規定提起訴訟的，人民法院可以應公司的請求，要求股東提供相應擔保。 IV. 公司依照股東會或者股東大會、董事會決議已辦理變更登記的，人民法院宣告該決議無效或者撤銷該決議後，公司應當向公司登記機關申請撤銷變更登記。」此外，2006 年修訂之《上市公司章程指引》第 34 條亦規定：「公司股東大會、董事會決議內容違反法律、行政法規的，股東有權請求人民法院認定無效。股東大會、董事會的會議召集程序、表決方式違反法律、行政法規或者本章程，或者決議內容違反本章程的，股東有權自決議作出之日起 60 日內，請求人民法院撤銷。」可見中國大陸股東會決議瑕疵之效果採用二分法，僅區分「無效」及「得撤銷」兩種效力，未規定「不成立」之效力。但亦有學者主張應該採三分法，使股東有權請求法院確認股東會決議不成立，並明文列舉不成立之主要情形；以及關聯方行使表決權導致內容明顯不公正時股東有權請求撤銷股東會決議以資救濟，從而更完整規範非常規關聯交易²⁶。

二、 兩岸規定之比較

台灣公司法亦採行二分法而有「撤銷股東會決議」或「股東會決議無效」之規定。依照台灣公司法第 189 條：「股東會之召集程序或其決議方法，違反法令

²⁵ 劉渝生，公司股東會決議的效力，商事實例問題分析（賴源河主編），五南圖書，2000 年版，第 69 頁。

²⁶ 錢玉林，股東大會決議瑕疵研究，法律出版社，2005 年版，273~279 頁。

或章程時，股東得自決議之日起三十日內，訴請法院撤銷其決議。」第 191 條規定：「股東會決議之內容，違反法令或章程者，無效。」第 189 之 1 條另規定：「法院對於前條撤銷決議之訴，認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，得駁回其請求。」且為免實務執行上之爭議，於第 190 條規定：「決議事項已為登記者，經法院為撤銷決議之判決確定後，主管機關經法院之通知或利害關係人之申請時，應撤銷其登記。」

相較於上述中國大陸之公司法之規定，台灣之公司法規定用字較為簡潔周全：例如，未重複「股東會」及「股東大會」、以「違反法令」涵蓋「違反法律、行政法規」；且為避免股東任意提起無實益之撤銷決議之訴而擾亂公司經營，中國大陸之公司法以「人民法院可以應公司的請求，要求股東提供相應擔保。」而對提起訴訟之股東設下限制，而台灣則於第 189-1 條規定：「法院對於前條撤銷決議之訴，認為其違反之事實非屬重大且於決議無影響者，得駁回其請求。」將審查之權限交由法院判定，而非應公司的請求而要求股東提供擔保。且針對決議事項已為登記者，台灣公司第 190 條規定：「決議事項已為登記者，經法院為撤銷決議之判決確定後，主管機關經法院之通知或利害關係人之申請時，應撤銷其登記。」，得由法院主動通知或利害關係人申請而撤銷登記，但中國大陸公司法卻將此交由公司執行（「公司應當向公司登記機關申請撤銷變更登記」），但對公司如不申請變更登記時應如何處理之規定又付之闕如，利害關係人是否仍須另提訴訟請求公司履行判決內容亦未明確規定。僅在股東提起訴訟之期限為 60 日之規定上較台灣規定之 30 日對少數股東較為寬裕而有實益。

第二項 公司法人格否認制度—保護公司債權人

第一款 公司法人人格制度的歷史發展、制度價值及缺陷

第一目 法人人格制度的產生及其歷史發展

法人的本質特徵有二：一為團體性，二為其獨立人格性。人格是團體成為權利主體的第一重要因素。人格之概念起源於羅馬法。在羅馬法，只有羅馬市民才能成為享有市民法權利之主體，非羅馬市民及奴隸均不能成為市民法之權利主

體，由此產生了「人格」概念，是民事權利主體的稱謂。依據羅馬法人與人格分離的學說，生物意義上的人要成為法律意義上的人，必須為法律所認可，即必須具備人格。人格理論的產生為後世法律奠定了對法人的擬制基礎。因此，在現代民法中，人格是指自然人或團體可以成為民事權利主體之資格。自然人或團體只有在具有人格的前提下，能以自己的名義享受權利、負擔義務。

從法人制度產生和發展的歷史來看，作為由人和財產的集合而形成的團體，其獨立人格的形成經歷了漫長的歲月。在羅馬古代並沒有法人制度，共和國時期才開始承認國家、地方政府等有獨立人格。而企業團體人格的形成則與企業產生和發展的歷史具有密切關係。企業在資本主義生產關係確立之前就已經出現，但早期的企業不僅是個別少數之現象，而且基本上是個人出資、個人經營、個人管理、個人收益、個人承擔風險的個體企業，規模小且經營範圍有限。隨著生產力的發展，在中世紀的封建社會末期，由於西歐地中海沿岸城市海上貿易及商業的發達，導致了合夥組織的盛行及蓬勃發展。但無論是獨資企業或是合夥企業，都不具備團體人格，仍非法律意義上的人。

隨著資本主義迅速發展時期的來臨，經濟之發展客觀上要求聚集更大量之資本，公司的出現即解決了籌措鉅額資本過程中的問題。公司此一經濟活動的組織形式是從商業務運作實務和法律實踐中發展而來的，公司存在的永久性消除了達成限制合夥和退夥特殊協議的必要性，股東對公司的債務責任僅限於其股份的價值(有限責任)。嗣後，各國均因應經濟發展之需求以法律之形式確認公司之獨立人格²⁷。例如英國 1862 年之公司法將公司的法人人格、有限責任、合股原則此三個現代公司最重要的特徵合為一體。從公司法上之意義而言，「公司」是指依公司法組織登記而成立的，以營利為目的的法人組織，具有法律上的獨立人格。當獨立的法人資格、股東之有限責任、資本的合股性和可轉讓性結合到一起時，就蘊育出現代公司法人人格制度。

第二目 公司法人人格制度之缺陷

公司法人人格制度雖解決了籌措資本之問題，但也帶來下列制度上的缺陷：

²⁷ 蔣大興，一人公司法人格否認之法律適用，華東政法學院學報，2006 卷 6 期，16~20 頁。

第一、 制度設計本身對債權人有失公平：承前所述，公司股東享有之權利與其承擔之風險並不對等，而債權人作為公司重要的外部利害關係人，通常無權介入公司內部的管理經營，缺乏保護自己的有效手段。即便可事先透過契約限定公司之行為或設定擔保，但此會增加交易談判成本，不符合現代交易活動迅速性之要求。至於非自願性債權人，並無談判之籌碼，又無採取積極保護措施之能力，更成為股東濫用公司獨立人格和有限責任制度最大之犧牲品。特別是在公司為追求高利潤從事極度冒險事業或資本不足經營時，往往使公司股東獲得豐厚之利潤，但卻將損失轉嫁給債權人及社會大眾，使受害人得不到充分之補償。因此公司法法人格獨立制度(有限責任)雖注意了對股東的保護，但卻對債權人有失公平。

第二、 在公司法人制度的實務運作中，公司獨立人格及股東有限責任制往往被控制股東所濫用，以謀求不法利益。公司具有獨立人格是法律規定所創設，但實際上公司之營運仍是靠自然人來進行。大股東依其股權對公司有其實質控制權。此類股東利用其在公司之優勢地位，將自己的意思作為公司之意思，將使公司依照控制股東之指令發展經營活動，公司控制股東的意圖即不可避免地滲入公司行為之中。

第三目 公司法人人格否認制度之涵義

公司的獨立人格和股東的有限責任是現代公司制度的核心和基礎，創設公司法人制度的主要目的在於鼓勵投資，發展經濟。公司法人制度的受益人是公司的股東。公司法人制度只是股東為降低投資風險、謀求最大經濟利益而藉以實現其目標的工具，股東利用公司形式以其獨立人格進行經營，由股東直接或間接地控制公司，通過公司管理層進行營運，以獲得股息、紅利，實現股東利益最大化，同時又可利用公司獨立人格將股東的責任僅限於自己之出資內，以避免經營風險並使自己損失最小化。公司法人制度為一把雙刃劍，法人人格獨立和股東有限責任制度，提高了社會經濟效益，但法人制度透過增加債權人的風險來相映降低投資人的風險。特別在公司為追求高利潤而從事高風險事業或者資本不足時，往往使公司及股東獲得豐厚利潤，但卻將損失轉嫁給社會大眾，使遭公司侵權之受害人得不到救濟，損害債權人利益和社會公共利益。當出現濫用公司法人人格之情

形，但又不必全面否定公司法人人格制度時，西方國家即創設了「公司法人格否認」，也稱為「揭開公司面紗原則」，即在承認公司具有法人人格之前提下，在特定法律關係中否認公司獨立人格和股東有限責任，直接追索公司背後股東之責任，以補充公司法人人格獨立及有限責任制度之缺失²⁸。

一、 公司法人人格否認制度之適用情形²⁹

無論是在英美法系國家或大陸法系國家，公司法人人格否認原則均首先在各國司法實務運作中出現。英美法系國家揭開公司面紗，直接要求做為濫用公司人格的個人股東或者法人股東對公司債務承擔責任。在大陸法系國家，如果公司成員濫用公司獨立人格和股東有限責任，並給第三人造成損失時，法院將以嚴格責任代替有限責任而判令公司股東對其行為所致後果負直接責任。

(一)美國

美國法院創設「揭開公司面紗原則 (Piercing Corporate Veil)」。美國公司法原則上承認公司與股東各為不同的法律主體，但是股東有限責任並非絕對。在為了保護公司債權人利益之特殊情形下，法院可揭開公司面紗，否認公司與股東為不同的法律主體，判令公司之股東對公司債權人直接負責。在1905年U.S. v. Milwaukee Refrigerator Transalt Co.案，法院認為除非有充分理由，否則原則上公司的法人格是被承認的。但若法人的概念被用來破壞公共利益、使不法正當化、維護詐欺或保護犯罪，則法律將視公司為數人的組合。美國為防止詐欺行為並實現衡平原則，揭開公司面紗原則的法理被廣泛地適用於契約、侵權、破產、稅收等領域。

(二)德國

德國的公司法人人格否認原則，稱為「直索責任(Durchgriff)」。德國最高法院的判例雖仍承認一人公司的單獨股東與公司的法人格各異是基本前提，但在判例中無視公司的獨立人格，將單獨股東與公司視為一體，開創了德國的「透視理論」。

²⁸ 張穹主編，新公司法修訂研究報告(下)，中國法制出版社，2005年10月，1~3頁。

德國股份公司法第 117 條規定，利用自己對公司的影響力致使公司受到損害的任何人，包括股東在內，都應對公司、公司股東以及公司債權人負損害賠償責任。德國法院認為分離原則本身並不足以導致公司法人人格否認，應股東的行為同時違反善良風俗及誠信原則而濫用法人之性質時，法律才有必要否認公司人格，直接追索公司控制股東的財產責任。德國 1965 年《股份法》第三篇中規定了關聯企業之責任，依照不同之依附或從屬情形，令母公司對子公司承擔不同之責任。

各國適用公司法人人格否認的情形雖較為繁雜，但也總結一些適用公司人格否認原則較典型之情形。例如：公司資本顯著不足、利用公司法人人格規避法律義務、利用公司法人人格迴避契約義務、濫用公司人格詐害公司債權人、公司法人人格形骸化等。說明如下：

- 一、**公司資本顯著不足**：公司資本作為公司對外獨立承擔責任的最低擔保金額，因此如果出資人以公司組織經營，而又未具備足額資本，即可認為出資股東利用公司法人人格制度逃避股東責任，應當揭開公司面紗，讓股東對公司債權人承擔責任。
- 二、**利用公司法人人格逃避契約義務**：如果公司獨立人格僅是股東逃避合同義務之工具，而將契約對造置於極為不利之地位，法院將否認公司獨立人格，判令公司背後之股東承擔違反契約義務之法律效果。例如負有契約上特定不作為義務之當事人，為避免契約義務而解散原有公司，再行設立新公司從事相同之業務活動、負有交易上巨額債務之公司控制股東，透過挪移資金或宣告公司破產，再以原班人馬在原有之營業廠所設立另依公司，從事完全相同之營業項目，以達到逃避巨額債務之不法目的。
- 三、**利用公司法人人格規避法律義務**：指受強制性法律規範之特定主體，本應依法承擔作為或不作為之義務，但其利用新設公司或既存公司之人格，人為地改變強制性法律之適用前提，達到規避法律義務之目的。由於此類行為將損害社會公共利益，因此各國法院對此類案件採行揭開面紗原則均不遺餘力。
- 四、**濫用公司人格詐害公司債權人**：例如為避免債權人對公司財產的強制執行而新設公司，將原公司的財產移轉至新設公司，使用金蟬脫殼之計。
- 五、**公司法人人格形骸化**：指公司與股東完全混同，使公司成為股東或者另一個自我，或者成為其代理機構和工具。當公司與其股東在財產、利益、組織管

理、所營事業上出現混同，不分彼此，就意味著公司的獨立人格已不再存在。由於公司與其背後之股東完全混同，以至於公司人格與股東人格難以劃分，因而被法院認為應忽略公司與股東各自獨立性。公司人格形骸化的表現形式包括：股東過度控制、財產混同、業務混同及人事混同。

上述理由通常並不會獨立存在，而是時常交錯在一起。各國在司法實務中適用這一規則均是依照具體個案中之事實情形，結合所有因素綜合考量，以確定是否揭開公司面紗。³⁰

第二款 中國大陸於公司法修訂前關於公司法人人格否認的理論與實踐

第一目 中國大陸《民法通則》、《公司法》之公司法人制度及股東有限責任

中國大陸《民法通則》第41、48條規定，全民所有制企業、集體所有制企業、中外合資經營企業、中外合作經營企業、外資企業具備法人條件的，經工商行政管理機關核准登記，取得法人資格。全民所有制企業法人以國家授予其經營管理的財產承擔民事責任；集體所有制企業法人、中外合資經營企業法人、中外合作經營企業法人、外資企業法人以企業所有的財產承擔民事責任。《公司法》第3條規定，有限責任公司和股份有限公司均是企業法人。有限責任公司，股東以其出資額為限對公司承擔責任，股份有限公司，其全部資本分為等額股份，股東以其所持股份為限對公司承擔責任，二種公司均以其全部資產對公司的債務承擔責任。上述規定確立了公司獨立責任與股東有限責任原則，但在新《公司法》通過之前，公司法內並無公司法人人格否認制度之規定。

第二目 中國大陸公司法修訂前否認公司獨立人格之實踐

(一) 外商投資企業立法

³⁰ 張穹主編，新公司法修訂研究報告(下)，中國法制出版社，2005年10月，第8~13頁。

中國大陸有關否認公司獨立人格的實質內容，在外商投資企業立法中有特殊規定。依照中國大陸《民法通則》第 48 條規定，中外合資經營企業法人、中外合作經營企業法人和外資企業法人，以「企業所有的財產」承擔民事責任，「但法律另有規定的除外」。此為外商投資企業之投資人有限責任之例外留下法源依據。為保護外商投資企業及其債權人之利益，中國大陸的外商投資企業相關立法具體規定了有限責任原則之例外。例如：《中外合作經營企業法實施條例》第 102 條規定，合營一方不履行合營企業協議、合同、章程規定的義務，致使企業無法繼續經營的，應對合營企業由此造成的損失負賠償責任。《中外合作經營法》第 22 條及其《實施細則》第 44 條規定，外國合作者在合作期內先行回收投資的，中外合作者應當依照有關規定和合作企業合同的約定，對合作企業的債務承擔責任。

（二）《國務院關於清理整頓公司中被撤併公司債權債務清理問題的通知》

此外，中國大陸在改革開放初期，在公司法立法遲滯之情形下，濫用公司獨立人格之現象極為普遍。1980 年代末期，中國大陸對公司進行清理整頓，國務院和最高人民法院相繼發布了有關公司的行政法規及司法解釋。1990 年 12 月 12 日《國務院關於清理整頓公司中被撤併公司債權債務清理問題的通知》規定：「三、各級黨政機關及所屬編制序列的事業單位，凡是向其開辦的公司收取資金或實物，用於本機關的財務開支或職工福利、獎勵、補貼等開支的，應在收取資金和實物的限度內，對公司所欠債務承擔責任。四、公司雖經工商行政管理機關登記註冊，但實際上沒有自有資金，或者實有資金與註冊資金不符的（國家另有規定的除外），由直接批准開辦公司的主管部門或者開辦公司的申報單位元、投資單位在註冊資金範圍內，對公司債務承擔清償責任。對註冊資金提供擔保的，在擔保資金範圍內承擔連帶責任。五、註冊資金是國家授予企業法人經營管理的財產或者企業法人自有財產的貨幣體現。各級機關和單位已向公司投入的資金一律不得抽回。公司的主管部門或開辦單位如有抽逃、轉移資金，隱匿財產逃避債務的，應將抽逃、轉移的資金和隱匿的財產全部退回，償還公司所欠債務。如有剩餘的，凡是黨政機關投資的，一律作為國有資產，由直接投資單位收回；屬於集體企業投資的，應退回原投資單位。」上述規定針對被撤銷公司的債權債務的清理事項做出專門規定，堅持有限責任公司和股份有限公司之有限責任制度，表現在「收取資金和實物的限度內」「在註冊資金範圍內」對公司債務承擔清償責任。將資本不變原則及資本維護原則表現在「各級機關和單位已向公司投入之資金一

律不得撤回」。同時，上述規定突破了股東承擔有限責任之原則，表現在要求出資人直接清償公司之債務。要求出資人在受益範圍內或在侵吞公司財產的範圍內承擔清償公司債務之責任，而非以出資額為限。但是上述規定與公司獨立人格否認原則仍有差距，主要是承擔的責任範圍僅限於註冊資金與實有資金的差額或移轉資金或隱匿財產，除此之外，行為人仍承擔有限責任。

（三）《關於企業開辦的企業被撤銷或者歇業後民事責任承擔問題的批覆》

1994年3月3日，中國大陸最高人民法院公布《關於企業開辦的企業被撤銷或者歇業後民事責任承擔問題的批覆》，該批覆規定：「一、企業開辦的企業被撤銷、歇業或者依照《企業法人登記條例》第二十二條規定視同歇業後，其債務承擔問題應依照下列不同情況分別處理：1.企業開辦的企業領取了《企業法人營業執照》並在實際上具備企業法人條件的，依據民法通則第四十八條規定，應當以其經營管理或者所有的財產獨立承擔民事責任。2.企業開辦的企業已經領取了《企業法人營業執照》，其實際投入的自有資金雖與註冊資金不符，但達到了《企業法人登記管理條例實施細則》第五十條第(七)項或者關法規規定的數額，並且具備了企業法人其他條件的，應當認定其具有法人資格。但如果該企業被撤銷或者歇業後，其財產不足以清償債務的，開辦企業應當在該企業實際投入的自有資金與註冊資金差額範圍內承擔民事責任。3.企業開辦的企業雖然領取了《企業法人營業執照》，但實際上未投入自有資金或者自有資金達不到《企業法人登記管理條例實施細則》第五十條第(七)項或者關法規規定的數額，以及不具備了企業法人其他條件的，應當認定其不具備法人資格，其民事責任由開辦該企業的企業法人承擔。二、人民法院在審理案件中，對雖然領取了《企業法人營業執照》，但實際上不具備企業法人資格的企業，應當依據以查明之事實，提請核准登記該企業的工商管理部門吊銷其《企業法人營業執照》。工商管理部門不予吊銷的，人民法院在審理案件中對該企業的法人資格可不予認定。此批覆規定了企業設立的全資子企業被撤銷或歇業後的民事責任之承擔，解決了實務上公司原始資本不足或虛假出資之問題。此批覆之原則包括：1.維護公司獨立的法人格。實際上具備企業法人條件者，應當以其經營管理或者所有的財產獨立承擔民事責任。2.投入資金與註冊資金不符，但達到了法定最低數額之公司，仍認定為具有法人資格。股東負有補足差額之賠償責任。3.沒有資金或者雖有投資但仍未達到法定

最低限額的虛假公司，可以「揭開公司面紗」剝奪其法人人格，直接追索股東責任。4.規定企業財產不足以清償債務時，出資人與企業承擔連帶責任。

上述批覆雖然規定了出資人應對企業債務負直接清償責任，但司法解釋的規定仍無法構成公司獨立人格否認之司法原則。上述司法解釋僅針對「企業法人註冊資金不實」之情形，並未將其他濫用法人人格之行為包括在內，僅針對企業法人「被撤銷、歇業」之情況，並未將企業法人存續時追究出資人責任之情形包括在內，且將民事責任的追究範圍限於實際出資與註冊資本額之差額內，因此公司實際運作中存在濫用公司獨立法人格問題之解決方式，仍未納入規範。雖然 2001 年 2 月 6 日，中國大陸最高人民法院再度公布了《關於審理軍隊、武警部隊、政法機關移交、撤銷企業和與黨政機關脫鉤企業相關糾紛案件若干問題的規定》，但仍主要規範公司註冊資本虛假之情形。

綜上所述，前述原中國大陸公司法並無公司人格否認制度之有關規定，在中國大陸國務院通知及最高人民法院的司法解釋，僅有少量此方面之規定，且均僅在整頓公司虛假出資之情形，但自中國大陸經濟開放以來，公司實務運作之主要集中於濫用公司人格，且普遍存在公司控股股東濫用公司獨立人格及股東有限責任規避法律義務或契約義務，牟取非法利益、公司資本不實而空殼運轉、設立數個公司用以移轉資金逃避債務，原法令及司法解釋無法解決大量濫用法人人格之案件，因此借鑑西方公司司法實務中行之有年且有效的公司獨立人格否認理論，並在新《公司法》內入該制度之有關規定。³¹

第三款 中國大陸新《公司法》公司法人人格否認制度之法律效果

鑑於前揭背景因素及實務考量，新《公司法》明文載入法人人格否認理論。新《公司法》新增第 20 條規定：「 I.公司股東應當遵守法律、行政法規和公司章程，依法行使股東權利，不得濫用股東權利損害公司或者其他股東的權益，不得濫用公司法人獨立地位和股東有限責任損害公司債權人的利益。 II.公司股東濫用股東權利給公司或者其他股東造成損失的，應依法承擔賠償責任。 III.公司股東濫用公司法人獨立地位和股東有限責任，逃避債務，嚴重損害公司債權人利益的，應當對公司債務承擔連帶責任。」 依照本條第一項規定，1.股東應當依法行使股

³¹ 張穹主編，新公司法修訂研究報告(下)，中國法制出版社，2005 年 10 月，第 14~18 頁。

東權利。股東作為公司之出資人，依法享有資產收益、參與重大決策和選擇管理者等權利。股東應當遵守法律、行政法規和公司章程，依法行使股東權利。2. 股東不得濫用股東權利，不得利用自己的股東權利，通過操控股東會或者股東大會做出決議等形式，損害公司的利益或者其他股東的利益。3. 不得濫用公司法人獨立地位和股東有限責任損害公司債權人的利益，指股東不得透過利用公司法人獨立地位和股東有限責任之方式，規避法律，逃脫債務，損害公司債權人的利益。依照本條第二、三款分別規定，股東濫用股東權利及濫用公司法人獨立地位和股東有限責任之責任。上述限制公司股東濫用公司法人獨立地位及股東有限責任損害公司債權人利益之規定，實值得台灣將來公司法修法之參考，以達到保護債權人之效果。



第七章 中國大陸非常規關聯交易之法律責任

第一節 非常規關聯交易之責任基礎

法律責任是義務違反之結果，也是促使義務實現之保證。義務一方面相對於權利，另一方面又是為了保護某種法益而產生。因此，要分析非常規關聯交易之法律責任，需先分析此一交易過程中關聯方之間之權利義務結構，然後分析關聯方違反義務所損害之法益，此種法益特徵往往決定該法律責任是民事責任、刑事責任或者行政責任。關聯方之間最常見的是民事權利義務關係，非常規關聯交易中，可能構成一方對另一方侵權或許欺之民事責任，具體責任內容則需依照不同主體間之權利義務關係及違反義務之實際情況來確定。這些關係主要有控股股東及其關聯人與公司之間的權利義務關係、公司之董事、監察人及高級管理人員及其關聯人與公司間之權利義務關係，其他關聯方之間的權利義務關係。非常規關聯交易民事責任形式一般包括回復原狀、補償、賠償、利益歸入公司等。可分為以下幾種：

- 一、關聯企業在非常規關聯交易的會計處理與揭露上，可能形成幾類責任：從關聯方之間的相互權利義務關係來看，應存在恢復或調整到正常交易狀況的民事責任；從企業與國家會計部門和上市公司監督管理部門監管關係的角度來看，企業應承擔改正及接受行政處罰之行政責任；從企業破壞對國家會計制度與經濟秩序之角度來看，嚴重者還需承擔刑事責任。
- 二、關聯交易企業透過非常規關聯交易移轉定價規避國家稅收，也存在幾類責任：從企業與國家稅收之關係來看，企業應承擔履行稅收債務之責任；從企業與國家稅收徵管部門之間的監管關係來看，企業還應承擔改正和繳納罰鍰等行政責任；從企業破壞國家稅收徵管制度角度來看，企業還需承擔刑事責任。
- 三、一方為上市公司或擬上市公司的關聯交易中，虛假揭露等行為會導致對廣大投資者之民事賠償責任；違反證券監管機構之規定會導致行政責任；而嚴重

佔用關聯方資金、內線交易或股價操縱行為等還將導致刑事責任。

可見非常規關聯交易的法律責任是綜合性的，責任形式多種多樣，且應依照不同的主體間權利義務關係及對不同法益之損害，在不同主管機關之法令上進行規定。¹

第二節 非常規關聯交易之民事責任

關聯方之間進行非常規關聯交易導致的主要是民事責任，對責任基礎之分析有賴於對各方相互間權利義務及對違反義務情形之分析，且應因應不同情形予以舉證責任倒置之措施以利中小股東或債權人之訴訟。非常規關聯交易導致之民事責任，主要透過公司法與證券法來規定，而民事責任之具體形式主要包括：回復、賠償、補償、利益歸入公司，以下就各主體間分析：

（一） 控股股東、實際控制人與公司之間

一般交易主體間之關係是獨立、平等的，且本於自願、公平之原則進行交易。但在控股股東與公司之間，雖形式外觀上彼此均有獨立性，但實質上控股股東具有對公司的實際控制力。基於此控制力，法律規定了控制股東的誠信義務，以解決控股股東利益衝突和濫用控制力之問題。否則，控股股東將會在私利之推動下濫用控制力而置從屬公司之權益於不顧，甚至將從屬公司之權益非法輸送給自己。控股股東濫用控制力對公司造成實際損害，而違反誠信義務，因而應承擔法律責任。從事非常規關聯交易之控股股東承擔民事責任之形式，包括撤銷該關聯交易、補償或賠償受害方或利益歸入公司等基本方式。中國大陸新《公司法》第217條第二、三款分別給予「控股股東」及「實際控制人」明確定義。「控股股東，是指其出資額占有限責任公司資本總額百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本總額百分之五十以上的股東；出資額或者持有股份的比例雖然不足百分之五十，但依其出資額或者持有的股份所享有的表決權已足以對股東會、股東大會的決議產生重大影響的股東。」¹「實際控制人，是指雖不是公司的股東，

¹ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月，216~217頁。

但通過投資關係、協定或者其他安排，能夠實際支配公司行為的人」。並於第 21 條規定「公司的控股股東、實際控制人、...不得利用其關聯關係損害公司利益。違反前款規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。」亦於同法第 20 條第一項規定「公司股東應當遵守法律、行政法規和公司章程，依法行使股東權利，不得濫用股東權利損害公司或者其他股東的利益，不得濫用公司法人獨立地位和股東有限責任損害公司債權人的利益。」；第二項規定「公司股東濫用股東權利給公司或者其他股東造成損失的，應當依法承擔賠償責任。」但未如台灣公司法關係企業專章第 369 條之 4 第一項及第 369 條之 5 進一步規定「控制公司直接或間接使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，應負賠償責任。」及「控制公司使從屬公司為前條第一項之經營，致他從屬公司受有利益，受有利益之該他從屬公司於其所受利益限度內，就控制公司依前條規定應負之賠償，負連帶責任」。台灣公司法此二規定明確要求控制公司應對從屬公司為適當之補償，較中國大陸之公司法規範更為詳盡，但恐因實務運作上仍不易主張本條，因此目前台灣司法實務判決內尚未見引用本條之實際案例判決。

此外，鑒於上市公司影響投資大眾之權益更深廣，中國大陸《證券法》第 69 條，針對發行人、上市公司公告的招股說明書、公司債券募集辦法、財務會計報告、上市報告文件、年度報告、中期報告、臨時報告以及其他信息披露資料，有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏，致使投資者在證券交易中遭受損失的，上市公司的控股股東、實際控制人如有過錯的，應當與發行人、上市公司承擔連帶賠償責任。由於上市公司收購程序中，經常出現關聯交易，收購人往往會先持有目標公司一定股份，在達到控制或能實際控制時，即成為關聯方，此時再濫用關聯關係進一步收購，而造成目標公司及其他股東損失，因此《證券法》第 214 條另規定：「收購人或者收購人的控股股東，利用上市公司收購，損害被收購公司及其股東的合法權益的，責令改正，給予警告；情節嚴重的，並處以十萬元以上六十萬元以下的罰款。給被收購公司及其股東造成損失的，依法承擔賠償責任。」

(二) 公司董事、監察人及高級管理人員及其聯繫人與公司、股東之間

此種公司董事、監察人及高級管理人員及其聯繫人與公司之間之關聯關係亦極易直接導致利益衝突。公司董事與公司間之行為，最初法律是以民法上關於雙方代理之規定予以規範，除非經過揭露及股東會決議通過之程序，董事並不適合進行此類關聯交易²。但隨著相關法律制度發展，公司法與證券法直接規定董事之法定誠信義務及法定程序以處理此類利益衝突之問題：若董事違反法定義務或法定程序所進行之非常規關聯交易是無效的，但如果是經股東會合法決議通過之關聯交易，董事可以不因其關聯交易行為而承擔責任。同時，由於公司監察人、高級管理人員及其聯繫人等與公司之間，與董事與公司之間之權益關係相似，因此在關聯交易中之法律責任也大致相同。

中國大陸新《公司法》新增董事、監察人及高級管理人員對公司的損害賠償責任。理由在於，原公司法只規定董事、經理除非經章程規定或股東會同意外不得與公司為交易，但此種規定方式對於董事、經理未經章程規定或股東會同意而進行之交易如何處理則付之闕如，更未賦予公司得向關聯人請求損害賠償之任何法律依據。換言之，當董事、經理與公司為非常規之關聯交易而損害公司利益時，原公司法無法提供有效之法律救濟途徑。因此新《公司法》第 217 條第一款明訂「高級管理人員，是指公司的經理、副經理、財務負責人，上市公司董事會秘書和公司章程規定的其他人員。」並於第 21 條規定上述人士之賠償義務：「公司的... 董事、監事、高級管理人員不得利用其關聯關係損害公司利益。違反前款規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。」新《公司法》第 149 條第一項第四款及第二項另規定：「董事、高級管理人員不得有下列行為：(四) 違反公司章程的規定或者未經股東會、股東大會同意，與本公司訂立合同或者進行交易。董事、高級管理人員違反前款規定所得的收入應當歸公司所有。」新《公司法》一方面明確規定了由於非常規關聯交易而損害公司利益應承擔的損害賠償責任，賦予公司損害賠償請求權，使得公司合法權益得到有效保護；另一方面，強制性地規定了董事、高級管理人員由於違反法律規定從事的關聯交易所得歸於公司所有。此外，新《公司法》第 125 條規定：「上市公司董事與董事會會議決議事項所涉及的企業有關聯關係的，不得對該項決議行使表決權，也不得代理其他董事行使表決權。該董事會會議由過半數的無關聯關係董事出席即可舉行，董事會會議所作決議須經無關聯關係董事過半數通過。出席董事會的無關聯關係董事人數不足三人的，應將該事項提交上市公司股東大會審議。」因此，如關聯董事於議案表

²王文宇，董事、關係人交易與地雷股，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 3 月，28~29 頁。

決時未予迴避，即屬違反法律，依照新《公司法》第 113 條第三項規定，董事應當對董事會的決議承擔責任。董事會的決議違反法律、行政法規或者公司章程、股東大會決議，致使公司遭受嚴重損失的，參與決議的董事對公司負賠償責任。新《公司法》更於第 116 條規定公司不得直接或者通過子公司向董事、監事、高級管理人員提供借款，以杜漏洞。另依第 150 條規定，董事、監事、高級管理人員執行公司職務時違反法律、行政法規或者公司章程的規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。且股東可以自董事會決議作出之日起六十日內，依第 22 條請求人民法院撤銷董事會決議。

中國大陸《證券法》第 69 條規定：「發行人、上市公司公告的招股說明書、公司債券募集辦法、財務會計報告、上市報告文件、年度報告、中期報告、臨時報告以及其他信息披露資料，有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏，致使投資者在證券交易中遭受損失的，發行人、上市公司應當承擔賠償責任；發行人、上市公司的董事、監事、高級管理人員和其他直接責任人員...，應當與發行人、上市公司承擔連帶賠償責任，但是能夠證明自己沒有過錯的除外....」。且在同時發生民事、刑事、行政責任時，《證券法》第 232 條，更規定：「違反本法規定，應當承擔民事賠償責任和繳納罰款、罰金，其財產不足以同時支付時，先承擔民事賠償責任。」以保障投資大眾為優先，此規定值得台灣證券交易法將來修法之參考。

（三） 少數股東與公司之間

儘管公司權益與公司股東權益不完全一致，但由於公司之權益通常會進一步落實為公司股東權益，少數股東與公司多數股東或其他實際控制人之間的權利義務關係和法律責任會引人關注，特別是在公司與公司之實際控制方之間發生非常規關聯交易時，其權利義務關係更是需要考慮之問題³。此時可能有兩種情形，一是少數股東權益因關聯交易而受損，另一種情形是公司之控制方透過控制公司進行非真實完整之關聯交易揭露而使其他少數股東（或潛在投資人）之權益受損。對於少數股東救濟權之權源主要分為「實體法權利」與「法定糾紛管理權」

³ 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006 年 12 月，220 頁。

兩種觀點：實體法權利又分為三種觀點⁴：**1.債權人代位權說**：該說認為股東的股權在現代公司股權日益分散之情況下，已蛻變為對公司之債權，為了保全債權，少數股東有權代位公司向損害公司利益之實際控制方主張停止侵害及賠償公司損失。**2. 受益權說**：此說認為從公司財產之角度來看，股東之實質地位是受益人，股東以其實質地位等待受益，控制方侵害公司利益也等於侵害股東之受益權，股東可因此獲得對控制方之救濟權。**3.股東權說**：此種觀點認為公司之出現是所有權與經營權分離之結果，公司的最終所有人仍是股東，股東的所有權是以股東權之形式存在，因此，對公司利益之侵害必然也是對股東權之侵害，股東基於股東權侵害之事實而享有對加害者之救濟權。主張法定糾紛管理權之學者主張，此一救濟權並非實體法上之權利，而是形式上之訴權，實質意義上之訴權則歸屬於公司。少數股東享有訴權之理論依據是訴訟擔當制度，法定訴訟擔當人可分為兩類：一是對他人之實體權利義務或財產擁有管理權或處分權，如代位債權人、遺產管理人。另一類對他人的實體權利義務或財產不擁有管理權或處分權，例如德、日、英等公益訴訟中之檢察官、美國股東派生訴訟中的股東等，這類當事人以維護國家利益或社會公共利益而被賦予訴權資格，此種觀點認為少數股東在非常規關聯交易中救濟權之權源來自於程序法之規定，而非實體法之規定。新《公司法》第153條明確規定：董事、高級管理人員違反法律、行政法規或者公司章程的規定，損害股東利益的，股東可以向人民法院提起訴訟，以提供股東一法律依據。

（四） 公司債權人與公司之關聯方之間

當公司與其關聯方發生非常規關聯交易時，如果公司利益無損害，不會影響到公司對其債權人之債務清償問題，公司債權人可能不會有異議。但同樣出於對日後利益可能輸送給關聯方之擔心，公司債權人也可能希望撤銷此類非常規關聯交易。但債權人並無法代位公司行使此類權利，因為此時公司並非怠於行使債權，利益也尚未受損。但在利益輸送至關聯方而致公司權益受損之情形下，如公司不積極主張權利而危及債權時，債權人得以依民法之規定自己之名義替代債務人行使財產權利，即對公司的關聯控制方提出撤銷交易或主張損害賠償之權利。

⁴ 蔡青峰，論股東對公司關聯交易的救濟權，人民司法，2004年第7期
<http://www.dffy.com/faxuejieti/ms/200403/20040324121317-2.htm>（網站最後參訪日期：2008年5月1日）。

此外，尚可在一定條件下，依照新《公司法》第 20 條之法人格否定制度直接要求公司的關聯控制股東承擔責任（公司股東濫用公司法人獨立地位和股東有限責任，逃避債務，嚴重損害公司債權人利益的，應當對公司債務承擔連帶責任）。在公司破產之情形下，公司債權人還將取得主張關聯方債權列後受償之權利。台灣公司法第 369 條之 4 就控制公司使從屬公司為不合營業常規或其他不利益之經營，而未於會計年度終了時為適當補償，致從屬公司受有損害者，直接賦予從屬公司債權人訴訟之權利，規定控制公司未為第一項之賠償，從屬公司之債權人或繼續一年以上持有從屬公司已發行有表決權股份總數或資本總額百分之一以上之股東，得以自己名義行使前二項從屬公司之權利，請求對從屬公司為給付。前項權利之行使，不因從屬公司就該請求賠償權利所為之和解或拋棄而受影響。

第三節 非常規關聯交易之行政責任

非常規關聯交易行政責任之基礎，是公司及其關聯方對法定義務之違反。在行政法上，行政機關代表國家依法行使職權，維護國家利益。除了法律規定之外，行政機關職權之具體行使，主要依據相關行政法規命令之規定，這些法令規定了行政機關對公司等特定主體進行行政監管時之程序及措施。由於不同行政機關與相對人之關係不同，各行政機關側重之重點也不相同。在對非常規關聯交易之行政責任追究上，主要針對公司、公司之董事、監察人及高級管理人員等。當行政義務主體是公司時，主要有以下幾種關係：

一、關聯企業與稅捐稽徵機關：稅捐稽徵機關著重對公司稅收之稽徵管理。採用預約定價之公司，在與稅捐稽徵機關達成協議後，應按該協議執行。如不按該協議執行，稅捐機關將代表國家要求公司履行協議中約定之稅收債務，也可能在解除協議後按一般方法進行徵納處理。未採用預約定價之公司，利用關聯交易移轉定價，違反了依法納稅之義務，稅捐機關在稽查發現後，將進行稅收調整，並依法對公司處以罰鍰。

二、公司與財會管理和審計機關：財會主管機關著重於對會計處理之監管，審計機關著重於對公司會計之審計。一般公司未按規定處理與揭露關聯交易之會計事項時，財會管理機關依照職權進行會計調整，並依法科處罰鍰。國家審計機關對

於國有或國有控股企業進行審計而發現問題，也有權要求其進行調整，並按規定科處行政罰鍰。例如《中華人民共和國會計法》第 42 條規定：「違反本法規定，有下列行為之一的，由縣級以上人民政府財政部門責令限期改正，可以對單位併處三千元以上五萬元以下的罰款；對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，可以處二千元以上二萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予行政處分：...（四）以未經審核的會計憑證為依據登記會計帳簿或者登記會計帳簿不符合規定的；（五）隨意變更會計處理方法的；...（九）未按照規定建立並實施單位內部會計監督制度或者拒絕依法實施的監督或者不如實提供有關會計資料及有關情況的；會計人員有第一款所列行為之一，情節嚴重的，由縣級以上人民政府財政部門吊銷會計從業資格證書。」同法第 43 條，針對有偽造變造會計憑證、會計帳簿，編制虛假財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任。但尚不構成犯罪的，由縣級以上人民政府財政部門予以通報，可以對單位並處五千元以上十萬元以下的罰款；對其直接負責的主管人員和其他直接責任人員，可以處三千元以上五萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予撤職直至開除的行政處分；對其中的會計人員，並由縣級以上人民政府財政部門吊銷會計從業資格證書。

三、上市公司與證券監督管理機關：證券監督管理機關著重於證券之發行、流通與上市公司之監管，並透過《證券法》等相關行政規定加以規範。上市公司之監督管理機關發現公司在上市發行股票時或上市公司在公司治理、關聯交易、資訊揭露等方面存在違法行為，依相關規定責令改正、停止、對其進行撤銷交易、罰鍰、停止上市、給予 ST（Special Treatment）甚至於情節嚴重時宣布下市。

有時行政機關也會因不當關聯交易，直接對董事等自然人追究其行政責任。此類情形可分為兩類：一是自然人違反個人義務。如董事、監察人和高級管理人員作為關聯人，有不得利用其職位所獲得之內線消息進行內線交易與短線交易之義務，如有違反，證監會將依法沒收所得並處以罰鍰；另一是自然人違反職權義務，通常是公司出現長期或嚴重違法行為時，依相關法律規定對其處於某種特定職務之職權人追究行政責任。在針對非常規關聯交易之行政處罰中，這些特定職位主要指公司之負責人、董事、監察人、高級管理人員、會計、嚴重違反規定之審計人員及違法行為之其他主管或承辦人。例如中國《證券法》第 189 條第二項即規定，發行人不符合發行條件，而發行人的控股股東、實際控制人指使以欺騙

手段騙取發行核准（例如利用關聯交易粉飾業績、申請上市時隱瞞重大關聯關係或關聯交易等），對發行人的控股股東、實際控制人或直接負責的主管人員和其他直接責任人員處以 3 萬元以上 30 萬元以下的罰款。《證券法》第 193 條第三項規定：「發行人、上市公司或者其他信息披露義務人未按照規定披露信息，或者所披露的信息有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏的，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以 3 萬元以上 30 萬元以下的罰款。發行人、上市公司或者其他信息披露義務人的控股股東、實際控制人指使從事前兩款違法行為的，依照前兩款的規定處罰。」第 194 條規定：「 I.發行人、上市公司擅自改變公開發行證券所募集資金的用途的，責令改正，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以 3 萬元以上 30 萬元以下的罰款。 II.發行人、上市公司的控股股東、實際控制人指使從事前款違法行為的，給予警告，並處以 30 萬元以上 60 萬元以下的罰款。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依照前款的規定處罰。」第 195 條規定：「上市公司的董事、監事、高級管理人員、持有上市公司股份百分之五以上的股東，違反本法第四十七條的規定買賣本公司股票的，給予警告，可以並處三萬元以上十萬元以下的罰款。」第 203 條規定「違反本法規定，操縱證券市場的，責令依法處理非法持有的證券，沒收違法所得，並處以違法所得一倍以上五倍以下的罰款；沒有違法所得或者違法所得不足 30 萬元的，處以 30 萬元以上 300 萬元以下的罰款。單位操縱證券市場的，還應當對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以 10 萬元以上 60 萬元以下的罰款。」；第 213 條規定「收購人未按照本法規定履行上市公司收購的公告、發出收購要約、報送上市公司收購報告書等義務或者擅自變更收購要約的，責令改正，給予警告，並處以 10 萬元以上 30 萬元以下的罰款；在改正前，收購人對其收購或者通過協議、其他安排與他人共同收購的股份不得行使表決權。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以 3 萬元以上 30 萬元以下的罰款」；第 214 條規定「收購人或者收購人的控股股東，利用上市公司收購，損害被收購公司及其股東的合法權益的，責令改正，給予警告；情節嚴重的，並處以 10 萬元以上 60 萬元以下的罰款。給被收購公司及其股東造成損失的，依法承擔賠償責任。對直接負責的主管人員和其他直接責任人員給予警告，並處以 3 萬元以上 30 萬元以下的罰款。」新《公司法》第 203 條亦規定自然人就會計報告虛假或隱瞞之行政責任，以普遍適用一般公司，而非僅限於上市公司，該條規定「公司在依法向有關主管部門提供的財務會計報告等材料上作虛假記載或者隱瞞重要事實的，由有關主管部門對直接負責的主管人員和其他直

接責任人員處以三萬元以上三十萬元以下的罰款。」以上條款均是對關聯交易中有責任之自然人之行政責任。

第四節 非常規關聯交易之刑事責任

承擔刑事責任之基礎，主要是行為人對公共利益、社會秩序或人身財產安全之嚴重侵害。因此在非常規關聯交易中，行為人透過非常規關聯交易要達到對公共利益或社會秩序嚴重侵害，才會科予刑事責任。非常規關聯交易之犯罪主體，即是直接從事或指使他人或控制相關經濟主體進行嚴重詐欺性、非常規性關聯交易，或是在此類關聯交易中從事嚴重違反會計法、稅法、證券法等規定行為之自然人。非常規關聯交易之犯罪應限於故意，且有透過非常規關聯交易追求不法利益之意圖。除了刑法之概括性規定外，一般均由公司法、證券法、會計法及稅法進一步作更詳盡之規範。

《中華人民共和國會計法》第 42 條第二項規定：「有前款所列行為之一，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」第 44 條：「隱匿或者故意銷毀依法應當保存的會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」第 45 條：「授意、指使、強令會計機構、會計人員及其他人員偽造、變造會計憑證、會計帳簿，編制虛假財務會計報告或者隱匿、故意銷毀依法應當保存的會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，可以處五千元以上五萬元以下的罰款；屬於國家工作人員的，還應當由其所在單位或者有關單位依法給予降級、撤職、開除的行政處分。」第 46 條：單位負責人對依法履行職責、抵制違反本法規定行為的會計人員以降級、撤職、調離工作崗位、解聘或者開除等方式實行打擊報復，構成犯罪的，依法追究刑事責任；...。」《公司法》第 216 條規定：「違反本法規定，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」《證券法》第 231 條：「違反本法規定，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」但上述規定太空泛，對「構成犯罪的」之構成要件並不清楚，欠缺可操作性。《中華人民共和國刑法》第 160 條及第 161 條雖規定虛假陳述與提供虛假會計報告之刑事責任，但也未能專門針對非常規關聯交易之犯罪。因此不足以對於故意從事惡質性非常規關聯交易之犯罪行為給予有力之法律制裁。但由於公司董事、監察人、高級管理人員利用關聯交易掏空公司亦屬侵佔公司財產，亦應可

依照犯罪事實以侵佔罪或背信罪予以定罪。此外，由於非常規關聯交易亦常涉及逃漏稅，因此亦可適用《中華人民共和國刑法》第三章「破壞社會主義市場經濟秩序罪」第六節「危害稅收征管罪」第 201 條及第 204 條之規定：「納稅人採取偽造、變造、隱匿、擅自銷毀帳簿、記帳憑證，在帳簿上多列支出或者不列、少列收入，經稅務機關通知申報而拒不申報或者進行虛假的納稅申報的手段，不繳或者少繳應納稅款，偷稅數額占應納稅額的 10% 以上不滿 30%，並且偷稅數額在 1 萬元以上不滿 10 萬元的，或者因偷稅被稅務機關給予二次行政處罰又偷稅的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處偷稅數額一倍以上五倍以下罰金；偷稅數額占應納稅額的 30% 以上並且偷稅數額在 10 萬元以上的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處偷稅數額一倍以上五倍以下罰金。」「以假報出口或者其他欺騙手段，騙取國家出口退稅款，數額較大的，處五年以下有期徒刑或者拘役，並處騙取稅款一倍以上五倍以下罰金；數額巨大或者有其他嚴重情節的，處五年以上十年以下有期徒刑，並處騙取稅款一倍以上五倍以下罰金；數額特別巨大或者有其他特別嚴重情節的，處十年以上有期徒刑或者無期徒刑，並處騙取稅款一倍以上五倍以下罰金或者沒收財產。」

第五節 非常規關聯交易受害人之救濟途徑

法律責任要能落實，還需相關配套措施之訴訟權利與程序之規定。由於在非常規關聯交易中受損害之主體可能包括公司、其他未進行交易之股東、公司債權人等，因此依其與加害方之間之權利義務關係及所遭受之損害不同，救濟途徑也有所不同。

一、公司之救濟途徑與派生訴訟

公司在非常規關聯交易中受損害，主要是由於其控股股東、實際控制人、董事或高級管理人員等關聯方違反誠信義務所致。針對是否違反誠信義務之判斷標準，目前通說是適用英美法院早已承認之「商業判斷原則 (The Business Judgement Rule)」，董事或高階管理人員之決策，如果出於善意而沒有自身利害關係牽扯，

且依據充分之資訊，而相信其所做之決定是最佳選擇，則即使最終導致公司損失，董事或高階管理人員也不會因此而承擔責任，股東無權置喙，法院也不會介入，不會把追求股東最大利益列為唯一經營目標。因為如果以股東利益為唯一經營目標，並取消「商業判斷原則」之裁量權，則極易造成股東動輒興訟，訴訟程序可能因而取代經營者之決策程序而必然傷害公司經營階層之經營效率。

當控股股東或董事違反其對公司之誠信義務時，公司是唯一適格之訴訟原告，只有公司能提起訴訟。但問題在於，公司之董事會與股東會被控股股東或董事所控制，少數股東甚難通過董事會決議或股東會決議以公司名義對進行非常規關聯交易之控股股東或董事提起訴訟。既然公司之少數股東無法以公司之名義提起訴訟，因此基於公平正義之考量，英美法上便產生了「派生訴訟（derivative action）」制度⁵：如果控股股東或董事的某些不正當行為損害了少數股東之利益或公司利益，但由公司出面起訴實際不可行，則在一定情形下任何一位少數股東均可以以其名義，代表公司提起訴訟，此便是「派生訴訟」。因為少數股東向法院提出訴訟之權利並非來自於自身之權利，而是來自於作為獨立法人之公司的權利，股東之訴權是透過法律從公司訴權派生出來的，因此稱為「派生訴訟」。各國法令對於派生訴訟之提出大多進行必要之限制，以免職業股東圖謀不法利益屢提訴訟而影響公司正常經營。

一、首先，對提起派生訴訟之「權利主體」之限制：限定一定條件之股東始能提起。例如：日本規定提起訴訟之原告必須是自六個月前持續有公司股份之股東，法國要求主體是持股5%以上之股東、德國是持股10%以上之股東，而美國則限制需是在不當行為實施時就已是公司股東之人，且在訴訟期間也需仍是公司之股東（即「同時擁有股份原則（contemporaneous ownership）」。但如該股東同意或未提出異議而默認該不當行為，則喪失提起派生訴訟之權利。台灣公司法規定提起訴訟之原告必須繼續一年以上持有以發行股份總數5%以上之股東。

二、其次是提起派生訴訟之「前提程序」：無論英美法系或大陸法系均對提出派生訴訟之前提程序作出規定。主要均包括股東提出派生訴訟前對公司提出正

⁵ 田桂茹，上市公司關聯交易中的中小股東權益保護，法學雜誌，2003年11月15日第24卷，70~71頁。

式請求或通知、原告股東之行為是出於善意，而為了公司之利益而提起訴訟、提供訴訟費用之擔保等。⁶

依照中國大陸新《公司法》第 152 條第一項規定，董事、高級管理人員有本法第 150 條規定的情形的（即董事、監事、高級管理人員執行公司職務時違反法律、行政法規或者公司章程的規定，給公司造成損失的），有限責任公司的股東、股份有限公司連續一百八十日以上單獨或者合計持有公司百分之一以上股份的股東，可以書面請求監事會或者不設監事會的有限責任公司的監事向人民法院提起訴訟；監事有本法第 150 條規定的情形的，前述股東可以書面請求董事會或者不設董事會的有限責任公司的執行董事向人民法院提起訴訟。」該條第二項規定「監事會、不設監事會的有限責任公司的監事，或者董事會、執行董事收到前款規定的股東書面請求後拒絕提起訴訟，或者自收到請求之日起三十日內未提起訴訟，或者情況緊急、不立即提起訴訟將會使公司利益受到難以彌補的損害的，前款規定的股東有權為了公司的利益以自己的名義直接向人民法院提起訴訟。」此即是股東派生訴訟之規定，但此提起派生訴訟之主體條件要求偏低，如無其他配套措施（例如董監保險），可能導致濫訴及影響高階經理人之商業冒險精神而對其商業判斷採取較保守之態度，不一定對公司有利。

二、 少數股東之救濟途徑與股東直接訴訟

當控股股東、董事或高級管理人員在與公司進行非常規關聯交易時，除了公司之權益受損外，公司少數股東之股東權也受到損害。因此依照侵權行為之概念，少數股東應也可以直接以自己之權益受到侵害為由向法院提起訴訟，要求前揭公司關聯方或受上述關聯方控制之公司停止損害行為或為損害賠償，以維護自己利益，此即為股東之直接訴訟制度。

中國大陸原公司法只規定董事與高級管理人之行為與義務，但忽略的對其違

⁶ 蔡青峰，論股東對公司關聯交易的救濟權，人民司法，2004 年第 7 期，43~47 頁。

反義務後之責任追究，導致難以落實義務且適用法律困難。新《公司法》第 153 條是關於直接訴訟之規定：「董事、高級管理人員違反法律、行政法規或者公司章程的規定，損害股東利益的，股東可以向人民法院提起訴訟。」此規定明確提供股東對董事與高級管理人員個人為被告提起訴訟之法律依據，但缺點是並未賦予股東對控股股東和監察人之直接訴權。

三、 從屬公司債權人之救濟途徑

在關聯方分別是具有控制與從屬關係之母公司與子公司時，因為子公司是一獨立法人，在正常情形下，其責任具有獨立性，此是公司制度之根基，但由於子公司受母公司控制，如不對子公司之責任獨立性加以限制，便極可能導致母公司濫用子公司法人格及母公司之股東有限責任而損害子公司債權人之利益。母公司直接承擔子公司外部責任即是為了防止公司法人人格之濫用與保護子公司債權人。母公司直接承擔子公司之外部責任，通常及透過法人格否認制度予以實現，具體表現為英美法之「揭開公司面紗（Piercing the Corporate Veil）理論與「深石原則（Deep Rock doctrine）」及大陸法系之直索責任制度（Durchgriff）。「揭開公司面紗理論」經常被用於關聯企業內之母子公司案件，此理論是指法律原則上承認母公司與子公司均是獨立之法人，都以各自之財產承擔有限責任，但當母公司過度控制子公司而使子公司實質上已喪失了獨立人格時，法律得揭開母公司與子公司之間之面紗，追溯子公司背後的控制關聯方（即母公司），從而責令母公司對子公司之債務承擔責任。兩大法系雖法理依照不同，但理論與實踐上對於關聯企業內母公司不當控制子公司而致子公司債權人利益受損時，均要求關聯方母公司直接承擔責任。其承擔責任之條件大致可分為四種：一是母公司對子公司違反誠信義務之不當控制，二是母公司與子公司之實質混同，三是母公司對子公司之出資不足，四是母子公司關係存在之法律事實而要求母公司對子公司的年度虧損進行彌補。發生非常規關聯交易通常出現前兩種情況，而需要建立法人人格否認制度及事後受償制度，以追究實施不當控制的關聯方責任，並對債權人進行救濟。

中國大陸新《公司法》明文載入法人格否認制度。新《公司法》新增第 20 條第三項規定：「公司股東濫用公司法人獨立地位和股東有限責任，逃避債務，嚴重損害公司債權人利益的，應當對公司債務承擔連帶責任。」中國大陸公司法此一規定雖仍有許多模糊地帶，但目前能引進此理論已是一大進步，宜透過司法實

務透過實際案例解釋明確解釋濫用法人人格之標準或實例，以予以明確化，並參照衡平居次之作法控股股東之相應責任，並在破產法中或公司法之重整、清算章節增加類似條款，以保障債權人之權利。



第八章 結 論

「關聯交易」是指發生在關聯人之間有關移轉資源或義務的事項安排行為，實際上「關聯交易」依關聯人之不同，分為「自然人關聯交易」和「法人關聯交易」。「自然人」一般是能擁有一定數量的表決權股份或能對公司施加實質性控制與影響之人，包括公司股東和管理人員及其關係密切之家庭成員。而作為關聯人之「法人」是指能夠透過直接或間接方式控制公司或被公司控制的公司法人。此種關聯人可因母子公司關係或同受同一公司控制而產生。關聯交易有其產生與存續之社會經濟背景，但潛在之詐欺性與非常規性可能造成社會極大之危害，因此需透過層層法律進行規範已如前述。中國大陸原公司法對於關聯交易的規定只透過間接性的規範，針對自然人關聯交易進行規範，例如透過對中小股東利益保護、公司負責人誠信義務和資訊揭露等一般性要求。但在公司運作實務上存在著大量的法人關聯交易，尤其是上市公司之非常規關聯交易對投資人及債權人之危害更深遠且弊端更廣泛。

在此種情形下，中國大陸自 2006 年 1 月 1 日起施行新《公司法》對於 1993 年的公司法做了大幅度修改。新《公司法》對於關聯交易的規範是採取綜合體系，新《公司法》對關聯關係之定義作出明確之規定及解釋，更重要是將法人間關聯交易亦納入公司法規範之範圍，使關聯交易之公司法規制更完整，包括事前預防措施(表決權迴避、設置獨立董事)及事後救濟方法(損害賠償及訴訟、法人人格否認)，有直接性規範條款對其直接發生作用，亦有間接性的制度規則對其發生影響。此外，由於中國大陸對於上市公司的資格要求較未上市公司嚴，且對上市公司存續期間增資發行新股及公司債要求條件較高，使一些擬上市之公司及已上市之公司為滿足法定條件，大量利用關聯交易以滿足上市條件或增資發行新股之條件，而於上市或增資發行新股後立即出現業績及營利之「變臉」並再透過關聯交易把上市公司作為「提款機」。此種製造虛假業績之作法，造成上市公司之業績大起大落，嚴重損害證券交易市場內之上市公司及中小股東之利益。

在目前中國大陸雖已經盡可能修改其相關法令以期對關聯交易進行完整之法律規範，但仍有其可進一步改善之空間：

- 一、 建構規範關聯交易之合理協調法律體系與規範機制：應考量規範關聯交易總目標之一致性與相關行政部門單行法及立法意旨、法益目標後，以公司法為核心建構法律體系，並將各單行法之「關聯交易」定義及其他相關用語統一，以使證券法、稅法、會計法、破產等單行法訂出合乎各自立法意旨及法益目標，又不會發生與公司法基本規定相矛盾之現象。應注意法律在關聯交易整體過程中各環節之配置與銜接，以各環節法律規範之目的為方向，保持法律作用力並兼顧公平與效率，以形成對關聯交易有效的法律規範機制。
- 二、 重新建構關聯交易之法律定義：宜在公司法上明確界定「關聯交易」之定義。
- 三、 完善關聯交易之相關法律規範制度：
 - (一) 可在中國大陸公司法內參照台灣之公司法設立關係企業專章，專門規範日漸增加之關聯企業問題，主要包括關聯企業之組織型態及關聯企業間關係之規範，並將其他關聯交易之基本規定規定於總則內。
 - (二) 於公司法日後修法時進一步明確規定控股股東與其他實際控制人之誠信義務，並參照對董事、監察人與高級管理人員人之誠信義務之規定，將控股股東與其他實際控制人之誠信義務內容與違反義務之救濟途徑具體化。
 - (三) 考量中國社會民情，且因上市公司對社會大眾影響深遠，故宜在上市公司之相關規範中，將非婚生子女、關係密切之同居人、前配偶（前妻或前夫）均納入「關聯方」之範圍內以一併規範。
 - (四) 增加持續關聯交易之處理方式。
 - (五) 在關聯交易之訊息揭露制度中，宜區分極重大、普通、輕微之關聯交易，要求對極重大以上的關聯交易必須進行全面揭露，不論是否是上市公司。同時為提高關聯交易揭露之效率與降低關聯交易揭露之成本，也宜明訂豁免揭露之制度。
 - (六) 完善有關公司對董事監察人及其他高級管理人員借貸、擔保等事項之揭露要求。
 - (七) 確立內部獨立審計委員會制度，並建立對公司關聯交易的外部審計制度，加強對關聯關係與關聯交易之審計程序。

(八) 提高相關《通知》之立法層級：例如中國證監會、國務院國資委於 2003.8.28 發布《關於規範上市公司與關聯方資金往來及上市公司對外擔保若干問題的通知》進一步規範上市公司與控股股東及其他關聯方的資金往來、嚴格控制上市公司對外擔保的風險、加大清理已發生的違規佔用資金和擔保事項的力度且依法追究違規佔用資金和對外擔保行為的責任，但此僅為通知，宜將此具體之通知內容提升至法令層級，以更明確規範不當之關聯交易行為。

四、 依照罪刑法定主義，對於非常規關聯交易之刑事責任，應在刑法上規定相應之罪，或在相關法令內明確規定其法定構成要件，但《中華人民共和國會計法》第 42 條第二項規定：「有前款所列行為之一，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」45 條：「授意、指使、強令會計機構、會計人員及其他人員偽造、變造會計憑證、會計帳簿，編制虛假財務會計報告或者隱匿、故意銷毀依法應當保存的會計憑證、會計帳簿、財務會計報告，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，可以處五千元以上五萬元以下的罰款。第 46 條：單位負責人對依法履行職責、抵制違反本法規定行為的會計人員以降級、撤職、調離工作崗位、解聘或者開除等方式實行打擊報復，構成犯罪的，依法追究刑事責任；...」、公司法第二百一十六條亦有「違反本法規定，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」相關法令均以「構成犯罪的」此類不明確之法律用語為刑事責任之前提，極為不妥，急待日後修法改善。

五、 在稅收管理法中規定預約定價制並對現有規定進行改善：在位階較高之稅法中，應明確適用預約定價制之步驟；改善轉讓定價方法之規定，廢除三種傳統定價方法之適用順序，同時規定利潤法作為最後之方法。用「定期調整規則」解決同一無形資產在不同時其價值波動支問題，確立稅收中介機構（例如律師或會計師）介入相關程序之法律地位、建立爭端解決機制。

六、 完善關聯交易之審查制度：在完善關聯交易之審查制度方面，一方面應加強行政審查、證交所審查與司法審查之效力，另一方面應注意市場主體自治權與司法權、司法權之平衡。在司法審查中堅持程序公正與實質公正兼顧，但先進行程序審查，審查合格後即按相對寬鬆的商業判斷規則進行進一步判斷；程序審查不合格則按嚴格的完全公正規則來進行實質審查。

七、健全非常規關聯交易之法律責任制度：為保障非常規關聯交易法律制度有效實施，應通過建立健全股東派生訴訟、股東直接訴訟與法人格否認制度之落實，並盡快透過司法解釋或判決進一步明確訴訟中違反義務之具體判斷標準、舉證責任等實際問題。

無論中國大陸之「關聯交易」或台灣之「關係人交易」，在現階段海峽兩岸投資交流頻繁之現況下，台灣企業在大陸投資所涉及之關係人交易、母子公司往來更不勝枚舉，已非單純台灣本土或中國大陸當地之問題，此類企業黑箱作業所造成之潛在風險是兩岸應共同面對處理之問題，亦有不少台灣企業集團之控股股東利用關聯交易，將台灣企業之利潤完全移轉至中國大陸子公司後，又以法人格獨立理論完全主張免責，將債留台灣，錢進中國大陸。於此類之情形下，兩岸之司法實務界實宜為將來兩岸之經濟秩序著想，採取宏觀之立場採行法人格否認理論而要求此類控制股東承擔法律責任，以保障公司、中小股東、兩岸債權人及投資大眾之權益。中國政府相關行政機關及司法實務更應對此類之惡意侵害台灣投資大眾或債權人之企業主於中國大陸另起爐灶時，協助台灣主管機關之要求將該犯罪人遣送回台灣接受制裁，即便其犯罪地在台灣之後逃到大陸，亦直接擴大認定其犯罪行為而於大陸當地予以繩之以法，避免犯罪行為人鑽此兩岸政治情勢之漏洞而損害兩岸公司、股東、債權人之權益，如此始可能真正杜絕惡意利用非常規關聯交易掏空公司資產進行海峽兩岸利益輸送之行為。



參考文獻

一、中文部分

(一)中文書籍

1. 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004年12月。
2. 王保樹，發行公司信息公開與投資者的保護，法律出版社，1997年版。
3. 王泰銓，比較關係企業法之研究，翰蘆圖書出版有限公司，2004年8月。
4. 王泰銓，公司法爭議問題，五南圖書出版股份有限公司1997年版。
5. 甘培忠，企業與公司法學，北京大學出版社1998年版。
6. 朱慈蘊，新的理念與新的視角—評大陸《公司法》的修改，月旦民商法研究(兩岸公司法修改之檢視，清華大學出版社，2006年7月。
7. 巫鑫，如何查核關係企業非常規交易，勤業眾信會計師事務所出版，民國93年3月。
8. 李建偉，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年6月。
9. 李建偉，公司制度、公司治理與公司管理-法律在公司管理中的地位與作用，人民法院出版社，2005年4月。
10. 周友蘇，新公司法論，法律出版社，2006年2月。
11. 吳飛，保薦人制度的效力辨析--以證券發行上市保薦制度暫行辦法為中心，金融法路徑，北京大學出版社，2004年版。
12. 洪貴參，關係企業法理論與實務，元照出版公司，1999年3月。
13. 施天濤，關聯企業法律問題研究，法律出版社1998年版。
14. Robert Charles Clark著，胡平等譯，Corporate Law，北京工商出版社，1999年1月第1版。
15. 孫愛林，關聯交易的法律規制，法律出版社，2006年12月。

16. 秦茜，上市公司的關聯交易與成因分析，清華大學碩士論文，2003 年。
17. 陳峰富，關係企業與證券交易，五南圖書出版股份有限公司，2005 年 5 月。
18. 崔延花譯，日本公司法典，中國政法大學出版社，2006 年 1 月。
19. 習龍生，控制股東的義務和責任研究，法律出版社，2006 年 12 月。
20. 越旭東主編，新舊公司法比較分析，人民法院出版社，2005 年 12 月第 1 版。
21. 張忠軍編，上市公司法律制度，法律出版社，2000 年版。
22. 張穹主編，新公司法修訂研究報告(下)，中國法制出版社，2005 年 10 月。
23. 齊斌，證券市場資訊披露法律監管，法律出版社，2000 年版。
24. 管強，關聯交易內幕，中華工商聯合出版社，2003 年版。
25. 廖大穎，公司制度與企業金融之法理，元照出版公司，2003 年 3 月。
26. 劉紹樑，從莊子到安隆：A+公司治理，天下出版股份有限公司，2002 年 11 月。
27. 賴源河主編，商事法實例問題分析，五南圖書出版股份有限公司，2000 年版。
28. 錢玉林，股東大會決議瑕疵研究，法律出版社，2005 年版。
29. OECD 公司治理準則 [2004 版]，北京大軍經濟觀察研究中心，2005 年 2 月 20 日。
30. 「上市上櫃公司訂定道德行為準則參考範例」修正總說明，民國 93 年 11 月 11 日。
31. 行政院金融監督管理委員會公司治理問答集。
32. 行政金融監督管理委員會證券期貨局第一組，證券交易法關於獨立董事制度、審計委員會功能、募集與發行制度之調整及違反規定之罰則規範。
33. 綜合財務報表第一號、第五號及第七號。

34. 財務會計公報第五號公報。

35. 企業會計準則第 36 號-關聯方披露。

(二) 中文期刊及網站

1. 王文宇，「董事、關係人交易與地雷股」，月旦法學雜誌，第 58 期，2000 年 3 月。
2. 王文杰，「2005 年中國大陸公司法修正評析」，月旦法學雜誌，第 128 期（2006 年 1 月）。
3. 王令浚，「控股股東誠信義務的規範及實證研究」，中國城市經濟網，<http://www.cuew.com/servlet/ManageNews.ShowSubNews?id=8785>。
4. 王志誠，「金融機構關係交易之監控機制—從力霸企業集團事件談起」，月旦法學雜誌，第 143 期，2007 年 4 月。
5. 王淑玲，「對我國轉讓定價稅制改革的思考」，當代經濟，2006 年第 9 期（上）。
6. 王毅敏，「中美關聯方披露會計準則之比較」，商場現代化財會探析，2006 年 3 月 2 日。
7. 田桂茹，「上市公司關聯交易中的中小股東權益保護」，法學雜誌，第 24 卷，2003 年 11 月 15 日。
8. 朱慈蘊，「資本多數決原則與控制股東的誠信義務」，中國法學網，http://www.honglaw.com.cn/Article_Show.asp?ArticleID=15658
9. 何進，「我國證券市場保薦人制度完善問題」，華東經濟管理，2005 年 10 期。
10. 何儉亮，「論上市公司的關聯交易及其監管」，證券市場導報，2002 年第一卷。
11. 何儉亮，「上市公司關聯交易及其監管」，經濟理論與經濟管理，2004 年第 2 期。
12. 李永強編輯，「被指上市圈錢黑幕重重--中農資源股權被凍結」，中國新聞網

<http://www.enorth.com.cn>，2002年12月27日。

13. 李志剛，「以“公法之債”之視角解讀“預約訂價”制度」，中國財稅法網。
http://www.cntl.cn/show.asp?c_id=22&a_id=662
14. 李明輝，「論關聯交易的《公司法》規範」，中國工業經濟，2002年4月第4期。
15. 李國光、王闖，「審理公司訴訟案件的若干問題（下）—貫徹實施修訂後的公司法的司法思考」，<http://zgls1956.com/xinwen/show.php?id=1803>
16. 李道成報導，「台商關聯交易--中國選定神達當樣板」，工商時報，2008年3月1日。
17. 李清理，「對不規範運作典型ST猴王的剖析」，中國人民大學金融與證券研究所網站http://www.fsi.com.cn/case500/view504/504_0111/view06.htm，2001年11月6日。
18. 宋曉明等，「民商事審判若干疑難問題——公司法（下）」，人民法律報，中國法院網，<http://www.chinacourt.org/html/article/200609/30/218987.shtml>
19. 呂鵬、江時強，「華融等債權人向湖北高院申請ST猴王破產還債」，人民網
<http://202.99.23.223/BIG5/jinji/31/179/20010322/423533.html>，2001年3月22日。
20. 杜啟堯，「台商如何因應對大陸關聯企業移轉訂價之查核」，勤業眾信網站，<http://www.deloitte.com/dtt/article/0,1002,cid%253D86626,00.html>。
21. 宗璋，「關聯交易避稅及其稅法規制問題研究」，東南大學學報（哲學社會科學版），2003年第1期。
22. 孟焰、張秀梅，「上市公司關聯方交易盈餘管理與關聯方利益轉移關係研究」，會計研究，2006年4期。
23. 姜曉黎，「評析我國新企業會計準則第36號-關聯方披露」，廣東財經職業學院學報。
24. 「OECD對轉讓定價研究之理論貢獻」，

http://law.cec-ceda.org.cn/files/info_96.html。

25. 胡成建，「關聯交易中股權和債權的顯性保護與隱性衝突」，中國工商管理研究，2005年8月。
26. 冠瑋，「論美國沙氏法案看我國證券交易法之修正——兼論董事義務之內容」，軍法專刊，2006年52卷3期。
27. 施天濤，「新公司法是非評說：八、二分功過」，月旦民商法雜誌，2006年3月，11卷。
28. 馬秀如，侯宜廷，「受查者舞弊與審計失敗—力霸案之省思」，會計研究月刊，261期，(www.accounting.org.tw)。
29. 陳甦，「論上市公司信息公開的基本原則」，中國法學，1998年第1期。
30. 陳曉、王琨，「關聯交易、公司治理與國有股改革」，經濟研究，2005年第4期。
31. 陳聰富主持，曾宛如報告，「董事忠實義務之內涵及適用疑義—評析新修正公司法第二十三條第一項：民法研究會第三十次學術研討會紀錄」，法學叢刊，48卷2期（2003年4月）。
32. 習龍生，「論控制股東的私益交易及其公平交易義務」，中外法學，2005年第4期。
33. 張文魁，「我國上市公司與控股母公司之間的自我交易和利益轉移」，改革雜誌，2001年2月。
34. 張旭東，「證監會處罰「民族化工股份公司」違規行為」，新華網
http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2001-11/27/content_135333.htm。
35. 郭宗銘，「企業對移轉訂價之稅務管理」，財團法人資誠教育基金會，民國94年1月。
36. 偕德彰，「大陸關聯企業移轉定價交易模式、稅務風險及風險規避之探討(下)」，大陸稅務論壇(五)，逢甲人月刊，147期。

37. 黃新建、張宗益，「上市公司配股中的盈餘管理實證研究」，商業研究，2004年16期。
38. 陳瑜，關於上市公司關連方關係及其交易之比較分析，當代經濟科學，2002年02期。
39. 陸國慶，「上市公司「富不過三年」的深層原因及可持續發展的基本途徑」，當代財經，2003年1期。
40. 彭雅清編輯，「股市「惡東」」，管理論壇，
http://www.onlyit.cn/mba_article/at_m/at_m_00994_202.htm
41. 越萬一，「中國大陸公司法完善問題的理論思考」，好律師網
<http://www.haolawyer.com>。
42. 曾嘉文、周映昀、張宗銘，「台商如何因應兩岸移轉訂價」，兩岸經貿月刊，2007年1月號。
43. 董方軍，「論歸入權的性質」，當代法學，2002年3期。
44. 楊斌，「關聯企業轉讓定價及調整方法概述--美國和OECD轉讓定價規則比較研究之一」，涉外稅務，2001年11期。
45. 慕銀平，「關聯企業轉移訂價研究綜述」，管理科學學報，2004年7期，
46. 新華網，「金融信息風險與“四大”會計師事務所」，2007年11月15日
http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/world/2007-11/15/content_7077469.htm。
47. 劉連煜，「關係人交易與控制股東之義務」，月旦法學雜誌，116期，2005年1月。
48. 劉道遠，「關聯交易本質論反思及其重塑」，政法論壇，第25卷第6期，2007年11月。
49. 蔣大興，「一人公司法人格否認之法律適用」，華東政法學院學報，2006卷6期。
50. 劉俊海，「新公司法應確認反對股東股份收買請求權」，中國股權分置改革網，

- http://www.cs.com.cn/gqfz/yjx/200507/t20050728_724030.htm，2005年7月28日。
51. 蔡青峰，「論股東對公司關聯交易的救濟權」，人民司法，2004年第7期。
 52. 中國證券監督管理委員會2004年7月27日行政處罰決定書（中墾農業及相關人員）證監罰字[2004]25號。
 53. 特別策劃：濟南輕騎生死劫，
<http://business.sohu.com/76/32/article210523276.shtml>，。
 54. 香港聯交所，上市規則，http://www.hkex.com.hk/corp_c.htm。
 55. 中國證監會，上市公司章程指引(2006年修訂)，2006年3月22日發布，法律之窗，http://www.lawyerwu.com/data/2006/0322/article_1284.htm
 56. 中國證監會，上市公司股東大會指引規則（證監發[2006]21號），2006年3月16日發布，
<http://www.sse.com.cn/cs/zhs/xxfw/flgz/regulations/listedco/listed20060320.html>
 57. 香港交易所網站：http://www.hkex.com.hk/exchange/asso/exchange_c.htm
 58. 中國證券監督管理委員會關於規範上市公司重大購買或出售資產行為的通知，<http://www.ndcnc.gov.cn/datalib/2003/PolicyLaw/DL/DL-11189>
 59. 中國證券監督管理委員會，關於規範上市公司重大購買或出售資產行為的通知，<http://www.ndcnc.gov.cn/datalib/2003/PolicyLaw/DL/DL-11189>
 60. 中華人民共和國財政部網站，
http://www.mof.gov.cn/news/20050603_2023_7191.htm。
 61. 中國證券監督管理委員會，
<http://www.csrc.gov.cn/n575458/n575667/n4231514/n4231533/n4696680/8834906.html>
 62. 新《企業所得稅法》對外商投資者的若干規定，<http://www.wenweipo.com>，2008年3月10日。

(三) 英文部分

1. Lewis D. Solomon, Alan R. Palmiter, Corporations-Examples & Explanations (third edition)。
2. 摘錄自 <http://www.iasplus.com/standard/ias24.htm>。
3. OECD官方網站： <http://www.oecd.org>。



簡 歷

1996 年國立台灣大學法律系財經法組畢業。

1997 年律師高考及格。

1998 年~2004 年任職台灣國際專利法律事務所律師。

2004 年起迄今擔任群光電子股份有限公司法務經理。

2002 年~2008 年國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組。



