

國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文

指導教授 趙德樞博士

以境外公司模式從事大陸投資之研究
(A study of the mainland China investment
At the off-shore company model)



研究生：張翰華 撰

中華民國九十九年五月

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法	3
第三節 研究範圍	4
第二章 境外公司相關問題解析	5
第一節 境外公司概述	5
第一項 境外公司之意義	5
第二項 境外公司之歷史沿革	6
第三項 境外公司之特質	7
第四項 境外公司之功能與優勢	9
第五項 境外公司之弊端與衍生之問題	12
第六項 境外公司之法律制度	13
第二節 以境外公司模式從事大陸投資之法律優越性	17
第一項 境外公司與租稅規避	17
第二項 境外公司與境外上市	22
第三節 對境外公司之法律管制與審查制度	31
第一項 國際間對境外公司之法律管制與審查制度概述	31
第二項 境外法域對境外公司之法律管制	32
第三項 歐盟等區域經濟組織對境外公司之法律管制	34
第四項 國際間各國對境外公司之法律管制	34
第一款 美國對境外公司之法律管制與審查制度	34
第二款 英國對境外公司之法律管制與審查制度	35
第三款 日本對境外公司之法律管制與審查制度	35
第三章 台資企業從事大陸投資之現況	37
第一節 我國對台資企業從事大陸投資之法律規範	37
第一項 台資企業赴大陸投資概況	37
第一款 外資企業對大陸投資之演進與概況	37
第二款 台資企業對大陸投資概況	38
第二項 台資企業赴大陸投資之法律規範	39
第一款 大陸投資之意義	40
第二款 主管機關與出資類別	40
第三款 投資之項目	41
第四款 審查原則	41
第二節 中國大陸對台資企業從事大陸投資之法律規範	44

第一項 中國大陸投資之政經與法律環境	44
第一款 政治環境	44
第三款 經濟體制	45
第三款 法律體制	46
第二項 中國大陸外資法概述	47
第一款 中國大陸外資法體系與發展歷程	47
第二款 中國大陸外資法立法之基本原則	52
第三款 中國大陸外資法之現狀	56
第三項 中國大陸外資法對台資企業之法律規範分析	57
第一款 中國大陸外資法對台資企業之法律管制	57
第二款 台資企業在大陸投資之法律地位	69
第三款 台資企業在大陸投資之法律優惠與鼓勵	65
第四款 台資企業在大陸投資之法律風險	70
第五款 台資企業在大陸投資之法律保護	72
第六款 台資企業併購大陸企業之法律規範	77
第四章 以境外公司模式從事大陸投資所面臨之問題	106
第一節 台資企業面臨之問題與解決之道	106
第二節 台資企業面臨之法律糾紛與解決之道	111
第一項 台資企業面臨之法律糾紛	111
第二項 台資企業面臨法律糾紛解決之道	112
第三節 內外資差別待遇與不平等競爭問題	116
第一項 內外資差別待遇問題	116
第一款 內外資設立依據法域之不同導至區分標準上之 問題	116
第二款 內外資差別待遇問題	116
第二項 內外資之不平等競爭問題	117
第四節 資產流失問題	118
第五章 對以境外公司模式從事大陸投資之意見與建議	120
第一節 對中華民國台灣投資法之意見與建議	120
第二節 對中國大陸外資法之意見與建議	122
第一項 大陸外資法對境外公司規範之缺失	122
第二項 對大陸外資法有關之建議	123
第一款 應統一訂立一套體系完整之外商投資法	123
第二款 外資法應逐步取消外資之超國民待遇	124

第三款 建立境外公司對境內企業之監督管理制度……	124
第四款 應加強境外公司對境內關聯企業之稅收監督管 理……	125
第六章 結論……	126



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

境外公司，在歷來之國際投資活動上，扮演著一個熱門而又令人人關注之角色，此不僅其公司組織之成立迥異於一般傳統之公司，在對外之營業活動上，其交易行為更為廣泛受到限制，而與一般公司法所規範之公司，以獎勵其對外進行經濟交易活動為立法目的者有所不同；其所依據之商務公司法僅係靜態的、簡略的、寬鬆的、片面的、隱密的、快速的對公司之註冊成立，組成份子責任，股份沒收，股份回購，公司資本等事項作特殊之規定，其便利性等諸多優點往往吸引許多跨國公司紛紛在此註冊設立境外公司。

而相對的，由於其對投資者資料之保密，資金之自由進出，稅捐之得以免除，股東人數之不限制等特性，致又成為許多從事國際投機者以之為洗錢，逃稅避稅之管道，而成為惡名昭彰犯罪者之溫床，此等所謂『免稅天堂』往往位於偏遠之太平洋、大西洋等叢爾小島，例如較具知名者如英屬維爾京群島(British Virgin Islands, 即 BVI)，庫克群島(Cook Islands)，英屬開曼群島(Cayman Islands)，百慕達群島(Bermuda Islands)等；此等島嶼，原皆為英屬殖民地，其法律制度原皆沿襲英國法系而來，其經濟命脈長年皆以提供作為設立境外公司所收取之費用作為其財政收入之主要來源，雖然其產生諸多弊端，成為許多國家頭痛之焦點，但由於其等『國際商務公司法』之許多優點，對國際投資活動賦於其諸多之便利，因之境外公司在國際上仍盛行 20 多年，目前世界上大部份之各國政府皆普遍承認並允許境外公司在本國投資或開展業務，世界各國主要銀行亦多允許為其設立銀行帳戶（如境外金融業務中心之 OBU 是），並對其財務運作提供便利，由於經濟活動之全球化與國際化，境外公司之業務勢將更為繁榮發展，在國際投資融資上更將佔據重要之地位，其法律制度、衍生之問題及在國際投資活動上所扮演之角色，成為吾人關注之焦點，為揭開其神秘面紗，引發吾人深入研究之動機。

又兩岸自 1949 年以來，分離分治，長期互相採取敵對措施，雖然自 1991 年 4 月我國宣布終止所謂“動員戡亂時期”，而使兩岸緊張之關係獲得緩和。但因由於過於保守之政治因素考量，我國於 1996

年9月對大陸採取了所謂“戒急用忍”政策，放緩兩岸交流腳步，以限制兩岸之經貿往來，尤其對台資企業（台商）赴大陸投資更採取了嚴格之限制措施；例如對大陸投資額設定上限，於1997年4月頒布新的投資審查辦法，對上市、上櫃、公開發行公司赴大陸投資上限作了新的規定，「淨值100億元新台幣以下的公司赴大陸投資上限為40億元，淨值100-200億元的公司上限為70億元，淨值200-300億元的公司上限為90億元。」，且新規範還規定，經濟部尚需以“財務原則、行政裁量、產業國際競爭力”三大指標對企業的大陸投資方案進行綜合審查。且復對違規前往大陸投資的台商進行處罰.....等等，對台商直接前往大陸投資設定層層障礙。

另一方面，傳統產業如紡織、玩具，工具機、自行車、鞋業等，由於國內經濟高度發展造成土地、原物料、人工等經營成本之大幅上升，已面臨利潤微薄或即將關廠之危機，而前往大陸投資正是利用其廉價之土地原物料人力獲得企業生存轉型之機會。適逢大陸實行改革開放政策，大力吸引外資，對外商前往大陸投資於各方面給予極為優惠便利之待遇，以境外公司之模式前往投資亦不例外；是以許多台資企業紛紛以於離岸地註冊成立境外公司作為前往大陸投資之跳板，雖然自2008年新政府上台後對大陸投資之上限已放寬至百分之六十，且對營運總部設於台灣之企業不加以限制，但因以境外公司之模式前往大陸投資有租稅、外匯、融資、境外上市，資金自由進出之種種便利，吾人認為以上開模式前往大陸進行投資，仍是今後台資企業一項甚為方便之選擇。

但如前所述，上開境外公司之種種弊端，對於台資企業是否亦會發生？以及大陸外資法對其規範如何？其歷史背景法律制度如何？對中國大陸及台灣之經濟發展將產生如何之影響？其衍生之法律問題如何解決？凡此問題，饒富趣味，極具探討之價值，吸引吾人深入研究之動機。

本論文研究之目的，並非在對於境外公司之存廢作理論或實務上之探討，畢竟境外公司之存在已有悠久之歷史，無論其負面影響如何何？其在國際投資領域內，自有其不容抹滅之價值與地位；吾人所要研究的，係從概念上探究其存在之特質與目的，其所具有之功能與優

勢，其法律制度之體系為何？台資企業以此模式從事大陸投資對我國投資法律制度之建立是否有所借鑑？中國大陸外資法律對以此模式投資所持之態度為何？其提供之優惠待遇便利規定為何？並就台資企業在大陸之法律地位、其投資法律風險與所受之保護作綜合論述，且就其發生之相關法律問題做深入之發掘與探討，並對兩岸之外資投資法律制度提出若干意見，期能有所裨益。亦即本論文研究之目的，係就實務而就境外公司此一國人既熟悉但其實相當陌生之新法律領域作拋磚引玉式之研究嘗試，並就台資企業以此模式從事大陸投資建立其法律概念規範體系，其能引發學者及產業界之研究興趣，期對大陸之投資活動法律規範之建立及健全做出積極之貢獻，以利兩岸之經濟發展，裨益民生。

第二節 研究方法

一、理論與實踐相結合之研究方法；

境外公司大陸投資不僅是理論探討之課題，尤重在其實踐之應用，才能真正從實務上反應其所呈現之問題點，並提出其切合實際可行之解決方法，才能對台資企業之境外大陸投資真正有所幫助，而不只是純粹學理上之探討，因之，必須採取理論與實踐相結合之方法以從事研究。

二、歸納綜合的方法：

境外公司大陸投資產生的問題是多面性、分散性的，一個實務上之問題往往涉及多層之法律規範，而法律規範之不足又會引發其他問題，因之，對這些問題之研究必須運用歸納綜合之方法。

三、歷史研究的方法；

境外公司大陸投資衍生自境外公司之法律概念，而境外公司模式係隨著歷史之演進而不斷發展的，其法律領域對其規範係隨著實踐之需要而不斷調整，因此當吾人在研究其所衍生之問題如何解決的時候，必須從過去至現在的歷史階段做整個的探討，才不失其完整性，因此必須採用歷史研究的方法。

四、比較分析的方法：

吾人欲研究境外公司大陸投資的問題，不僅須研究台灣對大陸投資的法律規範、境外公司之法律規範，而且必須探討大陸外資法的規

範，其間既有共通性，又有特殊性，須做綜合的比較，因此必須採用比較分析的方法。

第三節 研究範圍

境外公司大陸投資研究之地域包括台灣投資法域所在之中華民國台灣地區、中國大陸外資法域所在之大陸地區、境外公司法域所在之境外領域；研究之法律範圍包括台灣投資法、稅法、公司法、證券交易法、行政法，中國大陸外資法、企業所得稅法、公司法、證券法及境外公司之商務公司法等法律領域範圍。



第二章 境外公司相關問題解析

第一節 境外公司概述

第一項 境外公司之意義

境外公司在中國大陸一般文獻上稱作離岸公司，其意義有多種不同之說法，一說認為，所謂境外公司，“係將公司設立在一個國家，又將營業地設立在另一個國家，營業地持有公司的所有資產，除了代表公司向公司設立地股東支付股息紅利外，與公司設立地沒有任何往來。這樣的公司同樣在第三方國家還有直接投資，公司之實際股息和資金往來是存在於營業地與第三國之間。第三國統計數字通常將該交易記載為第三國與公司設立地之間的交易。而在公司營業地角度看來，該交易卻是存在於第三國與公司營業地之間的”¹。

另一說為“即由離岸法域外投資者利用離岸法域外資本，依照離岸法域專門的離岸公司法設立，從事與離岸法域地無關聯經營活動之公司”²。而一般之意義認為“離岸”的含義是指投資者的公司註冊在某地，但投資者不用親臨當地，其業務運作可在註冊地外的世界各地直接開展。對這些區域，國際投資界一般稱為離岸法域，而國際投資者在這些區域成立的公司就是離岸公司”³。

綜合以上說法，吾人可為境外公司下一定義，所謂境外公司，即依據境外法域之法律成立，其公司主要機能營業活動係於其他法域進行，與其他法域之公司有關聯控制關係，以實現商業經濟目的的公司。其名稱不一，在不同的離岸法域有不同的稱謂，在英屬維京群島（British Virgin Islands）稱為國際商務公司（International Business Company），而在百慕達群島（Bermuda Islands）和開曼群島（Cayman Islands）則稱為豁免公司（Exempted Companies），在庫克群島（Cook islands）稱為國際公司（International Companies）。是以吾人對其定義有了了解，才能釐清其概念，作為進一步探究其法律關係之基礎。

¹ 此見經濟合作與發展組織在其『OECD 直接投資基準定義』中，張國敏，離岸公司法律監管制度研究，華東政法學院碩士論文，2007年4月，頁3。

² 張亮，論離岸公司在我國涉外投資中之法律規制，首都經濟貿易大學碩士論文，2006年3月，頁1。

³ 張詩偉主編，離岸公司法理論、制度與實務，法律出版社，2004年8月1版，頁5。

第二項 境外公司之歷史沿革

“境外”一詞最早出現於西元 1930 年代，其歷史背景為美國一些從事貿易活動之商人，為了減輕稅賦，而在美國本土外之一些享有國家主權或雖無主權但有獨立權利之島國進行貿易行為，而這些島國通常均對其商業活動給與較美國本土較為優惠之稅賦或其較為寬鬆之管制待遇，使其較無束縛，而能全力拓展貿易，甚為便利。

這些島國大部份為經濟較為發展國力較為強盛例如英國等國家之殖民地，由於居於附屬國之關係，一般均無獨立之稅收自主權，對資本之管制也較不嚴格，為了發展經濟，在脫離宗主國之控制後，自行訂立頒布許多法規，對前來從事商業貿易活動之商人給予賦稅之豁免或優惠，或解除對其投資主體資格之種種限制，而這些島國又與其原來之母國保持著良好之經濟合作關係，給與彼此互助，因此吸引許多欲與兩地從事商業貿易投資活動之商人特地紛紛於這些偏遠鮮為人知之小島設立公司，群聚效應形成之後，逐漸成為一個特殊之商業經濟區域，而在法律規章下，允許非本區域之商人與此區域註冊登記成立公司組織，時間一久，即形成一“境外法域”（離岸法域），而外來投資者於此地設立之公司即為“境外公司”（離岸公司），這就是境外公司之起源⁴。

境外公司興起至今已有五、六十年之歷史，隨著世界經濟之高度發展，境外公司之效能也逐漸由國際稅收、國際貿易擴及國際投資、國際金融及國際控股、境外上市領域，在國際投資活動扮演極為重要之角色，吾人殆可斷言，百分之七十之國際商業活動均由境外公司所掌控，或與其有關，而境外領域之有關部門一方面為了輔導外資公司，一方面為了財政之需要，及發展離岸產業，以維持境外公司模式之繼續繁榮發展，而不斷充實與健全其有關境外法律，而形成一套迥異於傳統公司法規範之商務公司法，近 20 年來，由於離岸法域之間過渡之競爭，紛對境外公司之設立條件與限制大幅放寬（例如甚至有資本額僅 1 元美元即可註冊成立公司之情事），而造成境外公司濫設之局面，甚至有不法份子以之為國際逃稅與洗錢之管道，對國際社會之公共秩序與經濟安全產生了嚴重之不利影響，引起許多先進國家與國際

⁴ 張國敏，前引註 1，頁 2。

組織之警惕，而採取了抵制與防範之措施⁵。雖然如此，由於境外公司模式對非該地區之外資法人予於諸多如租稅豁免與優惠，資金管制之不予過多之限制，並提供商業活動之甚多優惠便利之措施，因之，境外公司模式之商業行為，於今後之現代國際投資活動中不僅不會沒落，反而會更加發榮滋長，此由於境外區域註冊登記之境外公司家數一直不斷大幅增長即可明證⁶，只是必須對其產生之種種不利影響與弊端加以防範消除，以導向正面與健全之方向發展，此係國際經濟社會對今後之國際投資活動必須面對與正視之課題。

第三項 境外公司之特質

由於境外公司與傳統英美法系與大陸法系下之公司有著極大的不同，而形成其獨具之特質，吾人歸納其特質有四⁷：

一. 地域上之特質

境外公司必須在特定之離岸地區成立，也就是在該地註冊，這就是註冊地特質，這些地區主要在加勒比海之一些島國，中歐地區小國和太平洋之地區與小島，例如英屬維京群島 (British Virgin Islandss)、開曼群島 (Cayman Islands)、百慕達群島 (Bermuda Island)、庫克群島 (Cook Islands)、香港 (Hong Kong)、澳門 (Macau)、愛爾蘭 (Ireland)、列支敦士登 (Liechtenstein)、美國德拉瓦 (Delaware)、瑞士 (Switzerland)、巴拿馬 (Panama)、盧森堡 (Luxembourg)、利比里亞 (Liberia)、英屬塞舌爾群島 (Seychelles)、馬紹爾群島 (Marshall Islands)、毛里求斯 (Mauritius)、新加坡 (Singapore)、薩摩亞群島 (Semoa)、馬恩島 (Isle of Man)、瓦努阿圖 (Vanuatu)，除瑞士、巴拿馬、盧森堡、利比里亞以外，這些區域在歷史上大多曾是英國之殖民地。

這些地區對外來投資者給予極低之稅收優惠和金融政策之便利，匯兌之自由，金融業非常興盛，一般多為避稅型之離岸金融中心，結合許多銀行與保險公司，又由於資本管制之寬鬆，使這些地區成為外

⁵ 楊秀清，我國對離岸公司跨國投資監管中的若干法律問題研究，華東政法學院碩士學位論文，2007年4月，頁11。

⁶ 截至2002年，全球範圍內註冊的境外公司有70多萬家，其中有中國內地背景的公司就有1萬多家，目前平均每天都有有一家中資背景的新公司註冊成立。根據大陸商務部的統計資料，2003年1-12月全國利用外商直接投資中，按實際投資金額計算，在前10位的國家和地區排名中，英屬維京群島和開曼群島分別名列其中的第2名和第9名。

⁷ 張詩偉，前引註3，頁7-8。

來投資者之首選。

二. 法律上之特質

境外公司是依據境外地域法律成立，並受其規範，其法律體系極為特殊，與傳統之公司法嚴格之規定有所不同。一般而言，它們擁有兩部公司法，一部是規範境內一般國民之傳統公司法、一部是規範外來投資之「商務公司法」，該法對境外公司之約束也儘量減低，它們之營業活動並不在境外地域進行，通常均規定不得與當地的居民進行商務活動，對當地的不動產不得享有權利，不得開展銀行與信託業務，不得開展保險與再保險業務，不得當保險代理人與保險經紀人，不得開展公司管理方面之業務，不得開展為在維京群島成立之公司提供註冊辦事處或註冊代理人服務等（見1994年維京群島商務公司法第5條第1款）。大部份境外公司對投資人、股東、董事的人數並無限制，其經營之範圍也沒有限制，且註冊之手續非常簡便，當事人無庸親臨該地即可註冊，境外公司且無需每年召開股東大會及董事會，種種法律上之便利，在在突顯其法律上之特質⁸。

三. 資本上之特質

境外法域為了吸引外資，往往在其境外公司法中規定其境外公司之資本必須來自境外第三地，也就是資本之外來性，並規定其投資者必須非當地之自然人或法人，甚至其股東、董事與經理人必須均為非當地人，也就是境外法域提供種種便利，以使投資者在資金運用上之靈活與彈性，這是境外公司之資本特質。

四. 營運上之特質

境外公司之經營活動必須在境外法域外進行，也就是註冊地必須與經營地相分離，因此，幾乎所有之境外公司法都規定，一旦發現境外公司在境外法域內與其他公司進行商業交易，即撤銷其境外地位。而之所以要求境外公司地必須與營運地相分離，主要由於境外轄區提供諸多便利與優惠，無非是欲大量吸引外來投資，以改善當地的就業與財務狀況，促進經濟之發展。但另一方面，由於境外區域一般幅員較小，人口較少，一旦大量外資流入，於當地從事商業活動，勢必對當地的經濟秩序與公共安全帶來不利之影響，造成經濟社會之不穩，

⁸ 楊秀清，前引註5，頁13。

這是當局所不願意見到的，因此一旦違反上開規定，即予取消稅收等優惠，這是境外公司營運上之特質⁹。

第四項 境外公司之功能與優勢

境外法域優越之條件使境外公司被賦予許多美麗的稱謂，如曲線上市之“優美拐點”、風險投資之“軟獨寶甲”、兼收並蓄之“變臉之地”、合法節稅之“風水寶地”等，這些具有魔力之稱謂，吸引著世界其他許多國家紛紛前往該地投資註冊，而創造了種種優越之法律價值功能，其主要之功能有下述幾項¹⁰：

一. 優良企業表徵，方便拓展國際貿易活動

境外公司是境外法域之國際企業，對於企業之走入世界有甚大之幫助；尤其目前國際間貿易保護主義盛行，有所謂之關稅壁壘與出口配額等許多貿易障礙存在，但是如果透過境外公司之運作，成立“免稅倉庫”，以進行貨物之輸入，就可避開關稅壁壘與出口配額之限制，有利國際貿易之拓展。另外藉由境外法域成立的海外離岸中心，扮演起地區營運總部，市場拓銷中心，貿易和管理中心角色，以便貨物之轉運，並成為製造和裝配中心、物流中心，將世界各地之業務串聯起來，以提昇企業之競爭力。

二. 從事稅務規劃，降低企業經營成本

由於大部份離岸法域不同程度地規定對營業收入與利潤免納企業所得稅或僅須繳納極為低廉之稅賦（如僅繳納1%），僅須繳納少許之註冊年費，如此優惠方便投資企業主進行稅務規劃，如節稅等措施，例如在境外第三地的公司必須向當地政府繳納一定比率之企業所得稅或資本收益或紅利收益之負擔，但如果在免收或極低稅率的境外法域註冊成立控股公司，可以避免雙重課稅而大量降低企業經營成本；又如境外第三地的公司如欲於一個與所屬國沒有雙邊租稅協定的國家進行商務往來，可以於所屬國有雙邊租稅協定之境外地區註冊成立一境外公司，再經該境外公司向該國進行投資，因而能享受該雙邊

⁹ 張錢，離岸公司國際避稅之的法律規則研究，大連海事大學碩士論文，2008年3月，頁6

¹⁰ 張國敏，前引註1，頁6-8。另見張淵智，境外公司操作聖經，大樹林出版社，2005年11月1版，頁25-32。

租稅協定之稅收優惠，凡此對企業之經營甚為有利。

又境外公司對僱用外國員工往往沒有太多嚴格之條件，如必須給予退休金等，因此一些第三地之公司可於境外區域註冊成立公司，再行僱用員工而免除一些嚴苛之條件，而僱用公司之營業利潤屬於境外所得，能夠達到節稅之目的¹¹。

三. 方便以控股公司之模式進行國際間之投資融資

由於內國法律對於資本上市往往有許多嚴格之條件與限制，許多公司為了順利達成上市之目的，而於對於上市之管制比較寬鬆之境外區域成立控股公司，繞過內國法律之障礙，達成公司境外上市之目的，透過境外公司之上市，達到對內國或其他子公司投資之目的。同時可利用境外公司對資產之品質要求比較不嚴格之方便，可將境內不良資產移到境外公司，以美化財務報表，進行資產剝離或藉此持有海外股票證券，規避外匯管制，以便利境外資本之運作。

在融資方面，由於內國對上市融資採取較為嚴格之態度，如果透過境外公司進行海外上市融資，可以避開內國對於外匯之管制，可以加大對於海外融資之規模。

四. 財產安全得到保障

由於境外區域政經環境較為穩定，政府法治化和效率都較高，經濟和金融體系比較健全，因此以境外公司之名義於海外銀行開設帳戶，因該存款屬於外國法人，財產較有保障。另一方面由於境外公司對於投資者資金來源及進出、股東之身份等資料、收益狀況絕對保密基於此種優勢，可以有效規避政治風險，對於投資者之財產安全，提供較大之安全保障。

五. 成立境外公司之手續程式簡化，管理簡便

由於於境外地區註冊成立境外公司手續簡單，費用低廉，時間快速¹²，只須將有關文件資料準備齊全，交當地之註冊代理人辦理即可，投資者無須耗時親往該地辦理。如此寬鬆之條件提高了投資人之經營效率。另外境外法域當局對境外公司之管理並不干預，資金之進出與運用非常自由，管理簡便，並無須每年召開股東大會及董事會，召

¹¹ 王南，離岸公司的法律規制，吉林大學碩士論文，2006年4月，頁6。

¹² 一般情形，如欲購買一空殼公司，則在1個工作天便可完成，如欲註冊成立一新公司，在英屬維爾京群島約需4天，香港約需7天，開曼群島約需5天，美國約需6至8週。

開之地點也可自由選擇，因而境外公司有被稱為“信箱公司”，我國國內一般傳播媒體及文獻有稱其為“紙上公司”者¹³，顧名思義，足見境外公司之靜態性與簡化性之本質。

六. 可規避反傾銷控訴與調查

許多開發中國家之廠商經常以低於國內銷售價格向國外銷售產品，而被進口國控訴為「反傾銷」行為¹⁴，使出口國之廠商與政府必須耗費大量之時間與人力進行抗辯與訴訟，由於國際間錯綜複雜之利害關係，經由冗長程序下來之判決結果往往非人所能預料，但於境外區域註冊成立境外公司，由於其保密性與對外不活動性，可以有效規避反傾銷控訴與調查。

七. 營業範圍與區域等限制較少

除了一些獨占性行業和與安全有關之行業外，大部份境外法域國家之法律對境外公司之營業區域與範圍並無限制，可於註冊地外之任何其他國家從事商業經營活動。同時對境外公司之限制少，如投資人、股東、董事人數並無限制，對股東與董事之國籍與年齡亦均無限制。

¹³ 紙上公司此名詞主要翻譯自「paper company」，社會一般對其觀感係認為其只是靜態之存在，並不會有營業行為，或誤以為係「假公司」，其實紙上公司只是公司運作之方式之一，並不能以此判斷公司之合法性，見林嘉焜，境外公司與 OBU 操作的第一本書，宏典文化出版股份有限公司，2007 年 5 月 1 版，頁 15-16。

¹⁴ 傾銷行為，又稱為「國際差別取價」(price discrimination)，由於可能涉及人為之價格安排，若持續不斷將擾亂進口國之市場結構，並可能對該國生產相同產品之國內業者，造成實質損害，故在國際貿易領域上多認其係「不公平貿易行為」(unfair trade practice)，關於反傾銷之論述及各國法制概況，參見黃立、李貴英、林彩瑜，WTO 國際貿易法論，元照出版有限公司，2000 年 10 月初版，頁 181-208。高永富、張玉卿主編，國際反傾銷法，復旦大學出版社，2007 年 1 版，頁 41-175。

第五項 境外公司之弊端與衍生之問題

雖然境外公司為投資人帶來了許多便利與優惠，因而吸引世界許多國家之投資者紛紛前往註冊成立境外公司，但相對的，隨之亦產生諸多弊端與衍生許多問題，為各國帶來了甚多困擾，較顯著者有以下幾項¹⁵：

一. 造成投資國稅收之流失，產生租稅徵收之困擾

租稅係一個國家財政之重要收入來源，一國之經常性支出與從事經濟之發展端賴其稅收，由於境外區域有“免稅天堂”之稱，對設於該地之境外公司所為之營業收入，一般可享受免稅與優惠稅率之優待，因而使與境外區域有來往之投資國，無法再對投資人課稅，而使該投資者之本國稅收大量流失¹⁶；又由於租稅之課徵，貴乎公平，一些投資者在境外地區之稅務規劃，雖因此獲得優惠，但相對於其他投資者本國未於境外區域設立公司，卻仍須負擔一定之稅捐者言，殊欠公平，一方面侵蝕了稅基，另一方面又擾亂了市場競爭秩序，甚且產生租稅徵收之困擾，對投資者之本國影響甚大。

二. 以境外公司從事洗錢等不法行為

境外法域另一為人所垢病之事即被套上“洗錢中心”之惡名，按所謂之「洗錢」此一名詞最早出現於1988年「聯合國反對非法交易麻醉藥品和精神病藥物公約」，該公約為洗錢所下之定義為“為隱瞞或掩飾因製造、販賣、運輸任何麻醉藥品或精神藥物所得之非法財產之來源，而將該財產轉換或轉移”。而依我國洗錢防治法第2條規定：「本法所謂洗錢，係指下列行為：一、掩飾或隱匿因自己重大犯罪所得財物或財產上利益者。二、掩飾、收受、搬運、寄藏，故買或牙保他人因重大犯罪所得財物或財產上利者。」，由於境外法域對銀行之帳戶極度保密，他國政府很難獲得客戶銀行帳戶之信息資料，這無疑為洗錢者提供了強力之保護傘，有助於伊等進行洗錢活動；另一方面，由於境外金融中心沒有外匯管制，資金轉移不受任何限制，成為洗錢最好的管道。根據聯合國2002年的一項統計資料顯示，全世界

¹⁵ 楊春梅，論離岸公司的法律規則，對外經濟貿易大學碩士論文，2007年4月，頁7-8。

¹⁶ 根據2000年美國財政部之一項調查，美國每年經境外公司流失的僅聯邦所得稅一項即高達700億美元，見張詩偉，前引註3，頁48。

每年約有 1 萬億至 3 萬億美元的不明資金，通過洗錢方式取得合法地位，這筆相當於全球國民生產總值 2%-5% 的巨額資金不僅為犯罪提供了資助，且為各國正常之金融運作造成不良之影響¹⁷。

三、形成資本外逃

資本之累積是一國經濟發展之基礎，有足夠之資本才能創造一國經濟發展之實力，資本外逃是未經國家批准私自將資金違法流出，不僅紊亂政府金融體制，破壞一國資金累積之基礎，擾亂外匯管制制度，逃避稅收徵管；由於境外公司提供了其便利性與保密性，為資本之外逃提供了一方便之捷徑，形成一國金融之危機，加重一國之債務負擔，造成國家資產之大量流失，化公有為私有。資本外逃經常伴隨著走私、販毒、洗錢、騙取外匯等犯罪活動而來，且往往造成外匯匯率下降，且造成假外資企業與國內企業之不公平競爭，且必須擴大政府收入以償還債務，會產生巨大之風險或資金損失，並轉移至低收入者身上，形成貧富間之差距，造成社會動盪，對各國產生了很大之危害¹⁸。

第六項 境外公司之法律制度

境外公司在國際間已風行 20 餘年，根據統計，截至 2002 年，全球境外區域共有境外公司 70 多萬家，而在維京群島註冊的境外公司就有 50 多萬家。各境外法域之商務公司法規範雖內容有所不同，但其基本法律架構之共同點並無不同，即對境外公司之規制係相對自由與寬鬆簡化，這也構成境外公司法律制度之特色，而迥異於傳統各國之公司法制，其法律制度之特色簡略述之於下¹⁹：

一. 從設立制度方面言

(一). 大多數境外公司法對境外公司之設立人均要求非當地居民，且對投資人之人數無限制，甚至 1 人亦可設立境外公司，例如開曼群島公司法（2001 年第 2 次修訂）第 5 條規定公司組織之方式為：「任何一個人或為合法目的而聯合的多個人，可以通過簽署組織大綱並且依照本法進行登記的方式組建有限責任或無限責任公司。」。

(二). 境外公司一般之設立條件非常簡單，最低股本僅須數萬美

¹⁷ 張亮，前引註 2，頁 12。

¹⁸ 王南，前引註 11，頁 11-12。

¹⁹ 張詩偉，前引註 3，頁 31-41。

元即可註冊成立，公司也可以用簡略名稱登記，且僅須簡略之公司組織大綱與公司章程，並未要求繁瑣之股東會與董事會召集程序，僅須長期設有註冊辦公室與註冊代理人即可²⁰。

(三). 境外公司之設立程序非常簡便，僅由當地的專業註冊代理機構代為辦理即可，境外公司設立的時間很短，很多區域都備有空殼公司提供註冊成立公司之用，且通常於 24 小時內即能完成註冊，而註冊成立一家新公司約須 2-7 天，如此效率為各國傳統之公司法所無法辦到的。

二、從資本制度方面言

(一). 境外公司在資本制度上大都採取授權資本制²¹，且都允許公司增減資本，例如根據維京群島國際商務公司法（1984 年修訂版）第 17 條規定：「除非公司組織大綱或公司章程另有規定，根據本法而成立的公司的未發行股份和庫存股應由董事會處置。在不限制或影響到原先賦予給任何現存股份或類別、系列股份的持有人的任何一種權利的前題下，董事會可以向這些人招募、分派股份、授予期權或者在董事會決議確定的時間與期限內向該等人轉讓股份。」，第 24 條規定：「除非公司組織大綱或章程另有規定，依據本法成立的公司可以修改公司組織大綱以增加或減少授權資本，在此情形下公司可以：(a) 增加或減少公司可以發行的股份數量；或者 (b) 增加或減少任何一種股份的面額；或者 (c) 同時實施 a 項與 b 項之行為。如公司根據第 1 款的規定減少了其授權資本，為計算公司資本之目的，任何在減少之前用股份表示，但減少之後不再用股份表示的資本應由盈餘轉為股本」。

各境外公司法對註冊資本一般皆有最低資本額之要求，例如在維京與開曼群島最低資本額為 5 萬美元，註冊繳交之費用不高，且註冊資本可以移作他用，這樣多的便利性是吸引諸多外來者逕相前往註冊之原因。

(二). 一般而言，境外公司法對公司出資之種類並無太多之限

²⁰ 見英屬維京群島商務公司法第 11 條，第 12 條，第 13 條，第 38 條，第 39 條，第 42 條，第 59 條。

²¹ 此制係指股份有限公司於設立時，只須於章程上載明股份總數，此一股份總數得分次發行，等同於由章程授與董事會發行股份之權限，見王文宇，公司法論，元照出版有限公司，2003 年 10 月初版，頁 241-242。

制，例如依維京群島國際商務公司法(1984年修訂版)19條規定：「除非公司組織大綱或公司章程另有規定，依據本法而成立的公司發行股份的對價可為金錢、提供之勞務、動產(包括其他股份、債券或公司的其他證券)、不動產、本票或是其他有關金錢、財產的有效債務或是上述形式的結合。」，皆可作為出資之標的，且依該法第22條之規定，公司可以發行無面額股份，而與傳統公司法公司只能發行有面額之股份，且不能折價發行有很大之不同，足見其出資之靈活為投資人帶來了極大之便利。

三. 從公司治理制度方面言²²

(一). 境外公司在公司制度之另一特色即採取了一元化之管理模式，亦即公司僅設立董事會而不另設監事會，這對股東與債權人所為之保護比較欠周，為彌補此項缺憾，境外公司法亦規範了股東大會與債權人會議之制度，以制衡董事會。

(二). 境外公司的會議制度也比較特殊，規範較富彈性，可以以電話或視訊之方式參與會議，只要一半的董事出席即可，且可由代理人出席，且可於境內或境外舉行(見維京群島國際商務公司法第48條)。至於股東會股東一股有一表決權，且規範了表決權信託制度(同法第62條)。

四. 從公司解散清算制度方面言

各國傳統公司法都有公司解散與清算之規定，境外公司亦不例外，作為公司人格消滅之規範，例如開曼群島公司法第124條規定：「公司事務已經全部終止的，法院應當命令公司從命令作出之日解散，公司應當相應地解散。」，法院作出的公司解散命令應當由官方清算人報告給公司登記官，公司登記官應當相應地在該解散公司的登記冊上作出記錄(同法第125條)。在公司被法院終止時，官方清算人未履行職責向公司登記官報告法院作出的公司解散命令的，經過簡易判決，在其失職期間應當對其處以每天10元的罰款(同法第126條)。

就公司自願清算程序言，開曼群島公司法第132條規定：「按照

²² 公司治理(corporate governance)，乃指一種指導及管理之機制，以落實經營者之責任，並保障股東之合法權益及兼顧其他利害關係人之利益，見劉連煜，現代公司法，新學林出版股份有限公司，2006年8月初版，頁13-15。另參照易明秋，公司治理，弘智文化事業有限公司，2003年7月初版，頁9以下。

本法第 200 條第 3 款的規定，公司在下列情形下可以自願清算：(a) 公司章程規定的公司存續期限屆滿或公司章程規定的公司應當解散的事由發生，並且公司已經通過股東決議要求公司自願清算的；或(b) 公司已經通過一個特別決議要求公司自願清算的。」，且清算人可以召開股東大會（同法第 142 條），並應向登記官報告（同法第 146 條），清算之費用先於其他請求權從公司資產中支付（同法第 147 條）²³。

五. 從資訊保密制度言

境外公司法對投資人的公司股東資料，股權比例董事資料名冊及收益狀況等都高度保密，且對外不公開財務狀況，無須按年度向當局申報財務資料及獲利情形，與傳統各國公司法對上市公司財務資訊公開透明有很大之不同，這對公司經營之安全雖有保障，但對債權人與股東之保護欠周。甚至開曼群島頒布“保密關係法”，對洩密者可處以 2 年有期徒刑，如此資訊之高度保護，造成許多不法者利用以從事經濟犯罪如“洗錢”等弊端。

六. 從租稅徵收制度方面言

境外法域在其制度上之另一特點即對註冊之境外公司提供了極度的租稅之優惠，例如一般之境外公司無須繳納所得稅，維京群島國際商務公司法第 110 條 A 規定：「(1) 無論所得稅法有任何規定，(a) 依據本法成立之公司；(b) 由該公司支付給非英屬維爾京群島的居民所有之股利、利息、租金、專利權使用費、薪酬和其他價款；以及 (c) 非英屬維爾京群島居民因持有依據本法成立的公司的股份、債券或其他證券而獲得的資本收益，不受所得稅法之調整、免予納稅。(2) 由依據本法成立的公司之股份、債券或其他證券而產生之遺產稅、贈與稅或其他稅收對非英屬維京群島的居民免予繳納。(3) 無論印花稅法作何規定，(a) 所有以依據本法成立之公司作為受讓人或轉讓人的財產轉讓的文據；(b) 所有與依據本法成立的公司股份、債券或其他證券的交易有關的文據；(c) 所有與依據本法成立的公司其他業務交易有關之文據，都免徵印花稅。」。如此之優惠對一些從事稅務規劃之跨國公司，無疑是一項極大之誘因。

²³ 張淵智，前引註 10，頁 55。

第二節 以境外公司模式從事大陸投資之法律優越性

第一項 境外公司與租稅規避

此處所討論之境外公司之租稅規避，與前所述之至境外區域設立境外公司因而享有租稅豁免或優惠有所不同，而係指以境外公司至大陸地區投資所享有之租稅優惠而言，包括內資與外資，是以以境外公司至大陸地區投資與大陸地區之本地公司比較言之，即有法律上之優越性，此種優惠於租稅法上尤其明顯，以下就此詳述之：

一. 中國大陸企業所得稅制改革與其稅制稅率稅收優惠²⁸

中國大陸之企業所得稅法律制度是在 1994 年稅制全面改革與 2007 年企業所得稅法頒布實行後確定，自 1991 年 1 月 1 日起，廢止了「國營企業所得稅暫行條例」、「集體企業所得稅暫行條例」、「私營企業所得稅暫行條例」，而統一適用「企業所得稅暫行條例」，對各類經濟性質之內資企業按同一標準徵收內資企業所得稅。在涉外企業方面，自 1991 年 7 月 1 日起，廢止「中外合資經營企業所得稅法」和「外國企業所得稅法」，對涉外企業統一適用「外商投資企業和外國企業所得稅法」，統一徵收涉外企業所得稅。

(一). 內資企業所得稅法方面

根據「企業所得稅暫行條例」之規定，內資企業所得稅之納稅人是大陸境內除外資和外國企業外之獨立企業或組織；所得稅之徵稅對象為企業的生產、經營所得和其他所得；計稅依據為應納稅所得額，其計算公式為每一納稅年度之收入總額減去准予扣除後之餘額。

在稅率方面，依該條例之規定，對內資企業應納稅所得適用 33% 之稅率徵稅，而對企業應納稅所得額在 3 萬元以下者，按 18% 的比率稅率徵稅，3 萬-10 萬元按 27% 的比率稅率徵稅，10 萬元以上則按 33% 的比例稅率，以照顧一些小型企業。

在稅收優惠方面，對於為符合政策，有助於國家經濟發展和維護社會安定，經國務院批准符合以下條件者，給予減稅或免稅優惠：

(1). 經國務院批准的高新技術產業開發區內的高新技術企業，

²⁸ 劉劍文主編，財稅法學，高等教育出版社，2004 年 2 月 1 版，頁 499-516。

暫減按 15% 的稅率徵收所得稅，新辦的高新技術企業自投產年度起，免徵所得稅 2 年。

(2). 新辦的第三產業企業，可按產業政策在一定期限內減徵或者免徵所得稅。

(3). 企業事業進行技術轉讓，以及在技術轉讓過程中發生的與技術轉讓有關的技術諮詢、技術服務、技術培訓之所得，年淨收入在 30 萬元以下的，暫免徵所得稅。

(4). 對國家規劃佈局內的重點軟件生產企業，如當年未享受免稅優惠的，減按 10% 稅率徵收企業所得稅；對我國境內新辦軟件生產企業經認定者，自開始獲利年度起，第一年和第二年免徵企業所得稅，第三年至第五年減半徵收企業所得稅。

(二). 外資企業所得稅法方面

涉外企業所得稅法，亦稱外商投資企業和外國投資企業所得稅法，涉外企業所得稅，是指對中國大陸境內外商投資企業生產經營所得和其他所得，或者外國企業來源於大陸境內的應稅所得進行徵收的一種所得稅。納稅人是外商投資企業和外國企業，外商投資企業，是指在大陸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，是指在大陸境內設立機構、場所、從事生產、經營和雖未設立機構、場所而有來源於我國境內所得的外國公司、企業和其他經濟組織。徵稅對象是外商投資企業和外國企業的生產、經營所得和其他所得。生產經營所得，是指涉外企業從事製造業、採掘業、交通運輸業、建築安裝業、農業、林業、畜牧業、漁業、水利業、商業、金融業、服務業、勘探開發作業、以及其他行業的生產、經營所得；其他所得，是指利潤、利息、租金、轉讓財產收益、提供或者轉讓專利權、專有技術、商標權、著作權收益以及營業外收益等所得。

涉外企業所得稅應稅所得額是指涉外企業在中國境內設立的從事生產、經營的機構、場所每一納稅年度的收入總額，減除成本、費用和損失後的餘額。

在稅率方面，根據「外商投資企業和外國企業所得稅法」，做了稅率方面之統一規定；

1. 涉外企業在中國境內設立的機構、場所取得的生產、經營所得

以及其他所得的應納稅所得額，適用 30% 的比率稅率計徵所得稅；另按應納稅所得額 3% 計徵地方所得稅；合計總稅率為 33%。

2. 對外國企業在中國境內沒有設立機構、場所而有來源於中國境內之股息、利息、租金、特許權使用費和其他所得、或者雖設立機構、場所、但上述所得與其機構、場所之業務活動沒有實際聯繫的，按 20% 的比率稅率徵收預提所得稅。

在稅收優惠方面，「外商投資企業和外國企業所得稅法」，關於涉外企業所得稅稅收優惠之規定，適用之優惠稅率；

(1). 設在經濟特區之外商投資企業，在經濟特區設立機構、場所從事生產、經營的外國企業和設在經濟技術開發區的生產性外商投資企業，減按 15% 的稅率徵收企業所得稅。

(2). 設在沿海經濟開發區和經濟特區、經濟技術開發區所在城市的老市區的生產性外商投資企業，減按 24% 的稅率徵收企業所得稅。

(3). 設在沿海經濟開發區和經濟特區、經濟技術開發區所在城市的老市區或者設在國務院規定的其他地區的外商投資企業，屬於能源、交通、港口、碼頭或者國家鼓勵的其他項目的，可以減按 15% 的稅率徵收企業所得稅。

2. 在企業所得稅之減免方面

(1). 對生產性外商投資企業，經營期在 10 年以上的，從開始獲利的年度起，第 1 年與第 2 年免徵企業所得稅，第 3 年至第 5 年減半徵收企業所得稅，但是屬於石油、天然氣、稀有金屬、貴重金屬等資源開採項目的，不適用上述減免稅之規定。

(2). 從事港口、碼頭建設的中外合作經營企業，經營期在 15 年以上的，經企業申請，所在地的省自治區、直轄市稅務機關批准，從開始獲利之年度起，第 1 年至第 5 年免徵企業所得稅，第 6 年至第 10 年減半徵收企業所得稅。

(3). 在海南經濟特區設立的從事機場、港口、碼頭、鐵路、公路、電站、煤礦、水利等基礎設施項目的外商投資企業和從事農業開發經營的外商投資企業，經營期在 15 年以上的，經企業申請，海南省稅務機關批准，從開始獲利的年度起，第 1 年至第 5 年免徵企業所得稅，

第 6 年至第 10 年減半徵收企業所得稅。

(4). 在上海浦東新區設立的事業機場、港口、碼頭、鐵路、公路、電站等能源、交通建設項目的外商投資企業，經營期在 15 年以上的，經企業申請，上海市稅務機關批准，從開始獲利的年度起，第 1 年至第 5 年免徵企業所得稅，第 6 年至第 10 年減半徵收企業所得稅。

(5). 在經濟特區設立的事業服務性行業的外商投資企業，外商投資超過 500 萬美元，經營期在 10 年以上的，經企業申請，經濟特區稅務機關批准，從開始獲利的年度起，第 1 年免徵企業所得稅，第 2 年和第 3 年減半徵收企業所得稅。

(6). 在經濟特區和國務院批准的其他地區設立的外資銀行、中外合資銀行等金融機構，外國投資者投入資本或者分行由總行撥入營運資金超過 1000 萬美元，經營期在 10 年以上的，經企業申請，當地稅務機關批准，從開始獲利之年度起，第 1 年免徵企業所得稅，第 2 年和第 3 年減半徵收企業所得稅。

(7). 在國務院確定的國家高新技術產業開發區設立的被認定的高新技術企業的中外合資經營企業，經營期在 10 年以上的，第 1 年和第 2 年免徵企業所得稅。設在經濟特區和經濟技術開發區的外商投資企業，依照經濟特區和經濟技術開發區的稅收優惠規定執行。

(8). 外商投資舉辦的產品出口企業，在依照稅法規定之免徵、減徵企業所得稅期滿後，當年出口產品產值達到當年企業產品產值 70% 以上的，可以按照稅法規定的稅率減半徵收企業所得稅。但經濟特區和經濟技術開發區以及其他已經按 15% 的稅率繳納企業所得稅的產品出口企業，符合上述條件的，按 10% 的稅率徵收企業所得稅。

(9). 外商投資舉辦的先進技術企業，依照稅法規定免徵、減徵企業所得稅期滿後仍為先進技術企業的，可以依照稅法規定的稅率延長 3 年減半徵收企業所得稅。

3. 在預提所得稅之減免方面：

(1). 外國投資者從外商投資企業取得之利潤，免徵所得稅。

(2). 國際金融組織貸款給中國政府和中國國家銀行的利息所得，免徵所得稅。

(3). 外國銀行按照優惠利率貸款給中國國家銀行的利息所得，免徵所得稅。

(4). 為科學研究、開發能源、發展交通事業、農林牧業生產以及開發重要技術提供專有技術所取得之特許權使用費，經國務院稅務主管部門批准，可以減按 10% 之稅率徵收所得稅，其中技術先進或者條件優惠的，可以免徵所得稅。

4. 就地方所得稅之減免方面

對鼓勵外商投資特定行業、項目、省自治區、直轄市人民政府可根據實際情況決定免徵、減徵所得稅。

二. 內資企業以境外公司進行租稅規避

在 2008 年企業所得稅法施行前，中國大陸之內資企業與外資企業所受稅法之差別待遇有如上述，因之一些內資企業為了獲得與外資同等優惠待遇，一方面為了降低成本以利市場競爭，另一方面為了方便境外上市，以規避國內不易上市之繁瑣法規，往往至境外區域註冊成立境外公司，再回國投資，而將原內資企業轉換成外資企業。

由於中國大陸已加入“WTO”（世界貿易組織），依照該組織之規定，對外商不得給予低於本國之國民待遇，其實，如上面所述，中國大陸給予外資企業之優惠，可以說是超國民待遇之標準，此種現象，除了形成許多內資企業紛紛前往境外區域成立境外公司外，亦間接造成內外資之間之不平競爭，因而有 2008 年企業所得稅法之施行，該法統一了內外資企業之間之稅率，減緩了不公平競爭之缺失²⁹。

三、外資企業以境外公司進行租稅規避

此主要見於大陸之外資企業利用在境外區域註冊成立之境外公司，在大陸從事投資以造成營業“虧損”，達成避稅之目的。其標準運作模式即以“關聯企業間之移轉定價”方法進行，即在大陸之子公司以較高價格向國外母公司買進原料，而以低於原來成本之價格回銷國外之母公司，形成子公司虧損之局面，產生之利潤則匯入母公司在

²⁹ 李苓，離岸公司國際避稅問題研究，西南政法大學碩士論文，2007 年 4 月，頁 22-23。

境外區域之控股公司中³⁰，從而創造一定之利潤；此種移轉定價³¹，據統計已達避稅總金額之60%以上。且據統計，在大陸全力引進外資之風潮中，雖有不少企業有獲利，但仍有一半之企業呈現虧損狀態，且不正常虧損佔前開虧損企業之三分之二，足見情形之非比尋常，此種情形主要為通過移轉定價模式避稅所造成，而使大陸財政當局損失人民幣300億元以上之稅收。根據世界銀行之估計，如果稅收優惠能使大陸多吸收外資百分之十，大約每年吸收30億美元，則相對的大陸要付出相當於50億美元損失之代價³²。

綜上所述，無論係內資企業或外資企業，雖以於境外區域成立境外公司達成租稅規避之目的，對大陸而言，表面上似乎甚為不利，但由於可配合大陸當局全力獎勵外商投資之政策，可促進經濟之發展，對一些內資中小企業可以藉助境外公司提升企業形象，繞過關稅障礙，開拓國際業務，便利國外融資等諸多利益，故大陸當局如同世界上大多數之國家為順應潮流，對此仍採極為寬容之態度。

第二項 境外公司與境外上市

此處所謂境外上市係指台資企業於大陸以境外公司模式之間接上市而言，按其本質實係一種法律規避（*evasion of law*）³³，由於其上市籌資之便利，在法律上即有不受於大陸境內上市證券等法規之諸多限制，於法律上享有其優越性；按所謂境外上市（*Cross-Border Listing*），是指已經發行的證券到國外的證券交易所掛牌交易，依據1994年8月4日國務院令第160號發佈的“股份有限公司境外募集股份及上市之特別規定”，第2條第2項將其意義界定為「本規定所

³⁰ 所謂控股公司，美國公司法學者 Robert W Hamilton 認為係「持有他公司大多股票之公司，而控股公司除持有股份外，並不經營其他事務。」，大陸公司法學者江平在其主編之「新編公司法教程」認為控股公司是指持有其他公司一定比例上之股份而能對其他公司控制之公司。」，我國台灣公司法學者王文宇於其「控股公司與金融控股公司法」中認為係「一以控制他公司為目的而成立之公司，其任務主為股份之持有與管理指揮者」，張詩偉，前引註3，頁20。

³¹ 所謂移轉定價，乃是以人為規劃的受控交易，來產生定價操弄之一種策略，主要目的都是為了讓國際企業的全球總稅賦，能夠達到最低化之效果。例如香港之稅賦較低，故公司應將台灣之設計費用，新加坡之鑄模成本，美國之採購成本，日本之組裝成本，匯集並統一在香港認列製造費用，再由香港銷售全球。見 APEXper 國際租稅規劃部，境外公司操作聖經實務篇，大樹林出版社，2007年3月1版，頁39。

³² 李苓，前引註29，頁23-24。

³³ 所謂法律規避，是指涉外民事法律關係的當事人為了實現有利於自己之目的，故意創造某種連接點，以避開本應適用的對其不利之法律，而使對自己有利的法律得以適用之一種逃避法律的行為，係國際私法中的基本問題。

稱境外上市，是指股份有限公司向境外投資人發行的股票，在境外公開的證券交易場所流通轉讓。」，只要經國務院證券委員會批准，即可向境外特定的、非特定的投資人募集股票，其股票可以在境外上市（同條1項）³⁴。

境外上市之優越性係可在國際市場上募集到資金，可提高企業之信譽，便利國際業務之開展和開拓國際市場，且可促進證券市場之國際化，對國內資金短缺、融資成本過高之問題可以獲得解決，其詳情有如下述³⁵：

一. 股票銷售之提高

由於交易所上市要求之標準較高，易獲得人民之信任，另一方面交易之公開透明及信息之公開使上市公司面臨較大之壓力，且因上市股票買賣價差之小幅度波動之特徵，使通過交易所上市之股票更具有銷售之流通性。

二. 大幅增加公司股東數目

由於海外投資人股東較多，在海外之證券交易所上市，有助於提高股東人數，股價也較為穩定，比較容易取得融資，且因投資人為股東，可增加公司產品之銷售量，有利企業經營。

三. 股票期權與認股之益處

公司激勵員工方法之一就是賦予員工期權與認股，因此必須有一個公開報價之制度與充份具備之市場，而其前題必須於交易所上市。

四. 提高股票擔保價值

上市股票作為質押貸款較易為金融當局或貸方接受，價值較高，處分變現容易，較具擔保實益。

五. 提高公司信用度

一般能獲得境外上市，表示其上市市值較高，若超過其資產負債表之淨資產價值，則能提高其公司之信用價值。

六. 有利於進行公司併購

上市公司在進行企業併購時，一般居於比較有利之地位，上市公

³⁴ 蔣鳳蓮，論離岸公司之運用及監管，華東政法學院碩士論文，2007年4月，頁39-40。

³⁵ 關景欣，中國企業海外上市操作實務，法律出版社，2007年5月1版，頁5-6。

司之出賣價格通常較非上市公司之價格高。

七. 有利企業向銀行融資

上市公司將來發行債券時若附上認股權或債轉股條款，則可降低融資成本。

八. 機構法人較易購買上市股票

機構法人投資者，如保險公司與共同基金，擁有大量之投資基金，一般均以上市公司之股票為其投資標的，並且進行大量之買賣。法人機構之投資增加了股票之穩定性，提高了上市公司之聲譽，上市公司且可獲得資金來源。

九. 成為證券分析師之關注目標

股票一旦上市，將立即成為證券市場上各家證券分析師關注之目標，他們注意公司之營運狀況，分析公司之未來前景，因而增加公司之知名度與曝光率，其分析報告有助於公司之經營管理。

十. 提高公司聲望

公司一旦被允許於交易所上市，即大為提高其聲望，取得上市公司之地位後，即進入大公司之林。

境外上市基本上可分為境外直接上市與境外間接上市二種：

一. 境外直接上市

境外直接上市係大陸境內企業以自己名義至國外申請股票上市，亦即至國外證券交易所掛牌，其上市主體必須為股份有限公司，此種上市模式為大陸國內企業所普遍採用，可分為 H 股（取 Hongkong 第一個字母 H 為名，指在香港聯合交易所發行股票並上市），N 股（取 New York 第一個字母 N 為名，指在紐約交易所發行股票並上市），S 股（取 Singapore 第一個字母 S 為名，指在新加坡交易所發行股票並上市），上市成功之範例如青島啤酒，於 1993 年 7 月 15 日於香港上市，為首家於境外上市成功之企業，其他如中國人壽、交通銀行，以及 1997 年海外上市成功的中國東方航空股份有限公司、中國南方航空股份有限公司、中國航空公司等，共 100 餘家大陸大型企業在境外直接上市³⁶。

³⁶ 劉興康，境外間接上市法律監管問題研究，對外經濟貿易大學碩士論文，2005 年 9 月，頁 7。另見國家經貿委企業改革司，股份有限公司上市申報範本，法律出版社，1999 年 1 版，頁 225。

一般而言，境外直接上市都是以 IPO (Initial Public Offering) 之方式，即初次公開募集，亦即一家公司初次向大眾發行股票，以 IPO 方式發行股票之優點為：公司股票能達到儘可能高之價格，公司也可以獲得較高之聲譽，股票發行之範圍更廣，所以境外直接上市應是企業最好上市之方式。

由於國內法律與境外法律不同，對股票發行或交易之要求也不同，此為直接上市之困難所在。

(一). 上市之條件³⁷

1. 證監會所規定的申請境外上市的條件

- (1). 符合大陸有關境外上市之法律、法規和規則。
- (2). 資金用途符合國家產業政策、利用外資政策及國家有關固定資產投資立項之規定。
- (3). 淨資產不少於人民幣 4 億元，過去一年稅後利潤不少於 6 仟萬元人民幣，並有增長潛力，按合理預期市盈率計算、籌資額不少於 5 仟萬美元。
- (4). 具有一定之法人治理規則及完善之內部管理制度，有穩定的高階管理階層及較高之管理水準。
- (5). 有一定的外匯來源可供上市後分派股息紅利，符合國家外匯管理規定。
- (6). 大陸證監會規定的其他條件。

2. 上市公司所屬企業至境外上市條件

上市公司所屬企業至境外上市，係指上市公司有控制權的所屬企業至境外證券交易所公開發行股票並上市，其上市必須具備以下條件：

- (1). 上市公司在最近 3 年連續有盈利。
- (2). 上市公司最近 3 個會計年度內發行股份及募集資金投向之業務和資產，不得作為對所屬企業的出資申請境外上市。
- (3). 上市公司最近一個會計年度合併報表中按權益享有的所屬企業的淨利潤，不得超過上市公司合併報表淨利潤的 50%。
- (4). 上市公司最近一個會計年度合併報表中按權益享有之所屬企業

³⁷ 關景欣，前引註 35，頁 5-6，頁 11-12。

淨資產不得超過上市公司合併報表淨資產之 30%。

- (5). 上市公司與所屬企業不得作同業競爭，資產與財務狀況獨立，經理人之間不得交叉任職。
- (6). 上市公司及所屬企業董事、高階經理人員等人員持有所屬企業股份，不得超過所屬企業至境外上市前總股本之 10%。
- (7). 具有實際控制權之個人、法人及其他組織不得有占用上市公司資金或資產之情事，或有其他損害上市公司利益之重大關聯交易。
- (8). 上市公司最近 3 年無重大違法違規行為。

(二). 海外直接上市之一般程序³⁸

海外直接上市的程序因上市地點、上市方式之不同而不同，企業境外上市之流程包括：公司計劃上市—委託財務顧問進行盡職調查—研究上市可能性，分析上市成本及收益—正式委聘上市財務顧問—選擇上市地點—制定上市方案—公司架構建立及政府主管部門審批—規範公司治理及財務—推介並決定保荐人—聘請會計師、律師等仲介—各仲介機構進行上市盡職調查—制作公司上市申請文件—公司將最後定稿上市文件及其他相關文件提出上市申請—上市公聽會—上市地上市委員會批准—公開上市推介—刊登募股書，公開募股—掛牌交易。

這些程序通常包括六個階段，即：

1. 組織準備階段

在企業發展到一個規模階段之後，為了成長及永續經營所須，勢必考慮企業成為大眾化之公司，如此必須以企業上市之手段達成此目的，而在決定上市尤其是境外直接上市之後，企業必須內部成立一規劃推動小組，並編列相當之預算。

2. 獲取預選資格階段

企業應當依據「國務院證券委員會關於推荐境外上市預選企業之條件、程序及所須文件之通知」附件之相當規定，以確定最終之上市方案，制作有關申請文件，依照規定呈報審批，取得境外上市預選企業之資格。

³⁸ 關景欣，同前註，頁 12-14。

3. 公司制改組階段

企業進入公司制改組之實質性階段，須完成之主要事項為：

- (1). 聘請仲介機構。
- (2). 資產評估與產權界定。
- (3). 資產重組。
- (4). 確定公司之發展規劃。

4. 申請境外募股階段

包括向國務院證券委員會提出申請和向擬上市地證券交易所申請上市兩部份，前者主要是提出招股說明書、股份有限公司章程和發行計劃，後者是必須按照交易所規定之格式制作，其內容必須與向國務院證券委員會提出之資料相同，相關之仲介機構的資格必須取得交易所之許可。

5. 募集股票階段

股票募集階段之主要工作有：

- (1). 決定適宜之股票發行時機。
- (2). 向有關之基金與投資機構之經理人說明所發行股票之優點，顯現發行人各部門之能力，俾資強化投資人之信心。
- (3). 股票之發行；包括發起人股與社會公眾股兩部份，發起人股指發起淨資產所折成之股份，由發起人持有，社會公眾股是向境外投資者所增發之股份，其發行分為公募與私募兩種形式；公募係將社會公眾股向所有之投資人公開發售，如申購量超過發行人，則依照比例配售；如申購量低於發行人一定比例以上，則剩餘部份由承銷商包銷；如在一定比例之下，則本次發行失敗，發行人應退款並賠償申購人。私募係將社會公眾股依照比例配售於法人機構投資者，以保證股票能全部發售。
- (4). 股票上市之階段

股票成功發行之後，透過證券交易所之安排，完成一定之手續後公司股票即可上市，公司之資訊必須定期揭示，供市場投資人查詢。

二. 境外間接上市

境外間接上市主要有二種方式，即買壳上市與造壳上市³⁹，而占主要地位就是紅籌方式上市⁴⁰，即境內企業所有人以個人名義在開曼群島、維爾京群島、百慕達群島等離岸中心設立壳公司，再以境內股權或資產對壳公司增資，並收購境內企業之資產，以境外壳公司名義達到境外曲線上市之目的。

2005 年大陸外匯管理局分別頒布了 2 號文件，即 11 號文與 29 號文⁴¹，該 2 號文原本係為打擊國有資本之外逃，但卻限制了境外公司收購境內公司股份必經之程序，增加了境內公司個人取得境外公司股權的申報登記手續，對紅籌上市之大陸企業設定了上市之障礙。

為了解決以上問題，以鼓勵私營經濟之發展，外匯管理局乃於 2005 年 10 月 21 日頒布了「關於境內居民通過境外特殊目的公司融資及返程投資外匯管理有關問題之通知」，(即 75 號文)將在紅籌上市中之離岸公司定義為特殊目的公司，並規定特殊目的公司在境外進行股權融資等資本活動，規範了各種融資活動之申報與審批程序，使紅籌上市有明確之法律可資依循。

至 2005 年外匯管理局等六部委聯合發布修正的「關於外國投資者併購境內企業的規定」，即 10 號文，加深對外資收購境內企業與資產，及對紅籌方式上市中境外上市公司之監管，使審批手續繁瑣，使紅籌上市之困難度增加，並加大了上市之風險⁴²。

(一)、境外間接上市之一般程序⁴³

境外間接上市之程序係：決定將公司資產至境外上市—買壳或造壳—資產轉移至壳公司所控制—壳公司將境內資產至境外上市募集資金—將募集資金匯回境內公司。

³⁹ 買壳上市是指非上市公司通過購買一家境外上市公司一定比例之股權，加入自己的有關業務與資產，以達間接在境外上市之目的。造壳上市是指國內企業到境外設立公司（即境外法域如英屬維爾京群島、開曼群島、百慕達群島），由該境外公司以收購、股權置換方式對境內公司形成控股關係，再將該境外公司在境外之證券交易所上市。

⁴⁰ 香港和國際投資者把在境外註冊、在香港上市的帶有中國概念之股票（紅色中國）稱為紅籌股，此一名稱誕生於 90 年代之香港證券市場。

⁴¹ 11 號文為 2005 年 1 月 24 日之「關於完善外資併購外匯管理有關問題之通知」，29 號文為 2005 年 4 月 8 日之「國家外匯管理局關於境內居民個人境外投資登記及外資併購外匯登記有關問題之通知」。

⁴² 關景欣，前引註 35，頁 7-9。

⁴³ 關景欣，同前註，頁 14-18，頁 21-22。

1. 買壳上市必經以下四步驟：

- (1). 聘請專業財務規劃顧問—由該專業之財務顧問進行整體規劃，並協助聘請所須之仲介機構。
- (2). 遴選標的公司—將所遴選之上市公司進行評估，選出適合之壳公司。
- (3). 分析評估驗證—以便為買壳上市提供上市依據，並對上市公司之經營活動進行分析評估。
- (4). 進行組織重整—由境內公司與標的公司雙方簽訂合同，改組董事會後進行管理組織重整。

2. 造壳上市之步驟，以香港為例說明之：

- (1). 聘任專業機構—一位保荐人（主辦承銷商即投資銀行），一名會計師，一名中國證券律師，兩名香港律師。
- (2). 確定上市時間表—由承銷之保荐人作成時間表，經討論通過後，按表進行。
- (3). 確定重組方案並進行重組—這是造壳方式重要之環節。
- (4). 盡職調查與撰擬招股書。
- (5). 進行財務審計工作。
- (6). 資產之評估。
- (7). 送交上市申請書。
- (8). 呈報證監會審批。

(二). 境外間接上市之審批程序

以買壳或造壳之方式上市，須遵循以下程序：

1. 向中國證監會呈報以下文件提出申請：

- (1). 公司境外上市之申請書。
- (2). 地方政府同意境外上市之文件。
- (3). 保薦人（即承銷商）對公司境外上市之分析報告。
- (4). 仲介機構名單。

2. 就產業政策問題諮詢國家行業主管及商務部之意見。

3. 公司通過省級政府向商務部呈報以下文件，申請設立股份有限公司

- (1). 省級轉呈設立股份有限公司之函文。
- (2). 股份有限公司名稱預先核准通知書。

- (3). 公司資產重組方案。
 - (4). 公司章程草案。
 - (5). 資產評估報告及確認批覆文。
 - (6). 驗資報告。
 - (7). 土地使用權評估報告。
 - (8). 國有土地使用權評估確認及處置方案之批覆文。
 - (9). 發起人營業執照。
 - (10). 募集資金運用之可行性報告及固定資產投資項目之立項批覆文。
 - (11). 前三年經營業績審計報告和未來一年盈利預測報告。
 - (12). 有關關聯交易協議。
 - (13). 關於公司設立之法律意見書。
 - (14). 關於董事監事任職資格之法律意見書。
 - (15). 其他有關文件。
4. 在商務部批覆准許設立股份有限公司後，由發起人召開創立大會，通過公司章程，辦理公司註冊登記，領取營業執照，成立股份有限公司。
 5. 向境外證券交易所提出上市申請，將申請表呈報中國證監會。
 6. 召開臨時股東大會，通過公司章程，選舉獨立董事，批准許可向社會大眾募集股份並在境外上市。
 7. 向大陸證監會提交有關文件申請在境外發行股票並上市。

第三節 對境外公司之法律管制與審查制度

第一項 國際間對境外公司之法律管制與審查制度概述

由於設立境外公司從事投資係屬於國際投資法之範疇，但目前國際間並無境外公司國際投資之專門立法，對於境外公司之投資營業活動亦無專門之管制機構，由於牽涉各投資人國內產業等之特別屬性，以及其產生之影響亦有所不同，因此僅能由各投資國個別立法規範，至少目前係如此，而無法依賴國際公約或國際習慣加以立法管制⁴⁴。

由於境外公司在國際投資、國際貿易與國際金融方面扮演了相當重要之角色，為了維持其一貫寬鬆之法制環境，各國及國際間對其管制並不過於嚴格，而其管制主要偏重於稅捐與金融（洗錢）方面，以下就國際間與各國對其所為之法律管制情況，簡述之：

針對境外法域避稅地產生之不利影響，國際組織如聯合國經濟合作與發展組織（the Organization for Economic Co-operation and Development 簡稱 OECD）於 1998 年成立之「反有害稅收競爭論壇」作了「有害稅收競爭之報告—一個新興的全球性課題」之報告，對避稅地與有害稅收優惠機制作了認定，而認定避稅地之標準依據係以是否作有效之稅收情報交換為準。直至 2000 年該組織又作了「認定和消除有害稅收行為的進程報告」，對 35 個境外法域之避稅地要求彼等於 2005 年 12 月前取消有害稅收之制度並承諾進行有效稅收資訊交換工作。2002 年又發布了「稅收情報交換協議範本」，該協議之簽署國因而可獲得必要之稅收信息，對防止稅收流失及維護良好之國際稅收秩序發生了良好之效果。2004 年對該範本之稅收情報交換條款作了修訂，取消國內稅收利益要求，使稅務單位在取得銀行有關資料方面具有法律之基礎，並拓廣了稅收資訊之適用範圍，即稅收資訊可提供予對查稅有監督關係之相關機構。2005 年 OECD

⁴⁴ 對境外公司投資行為之管制有三種方式：（一）由投資國本國通過國內立法加以規範，如訂立涉外投資法。（二）係由境外公司與投資國間訂立雙邊條約進行國際管制。（三）經由國際公約及國際習慣以國際立法管制。但第三種方式一般實施有其障礙，因境外法域國家經常以國家主權抵制國際監管，如百慕達群島等 6 境外法域國家對國際經合組織（OECD）所為之加大徵說之措施加以對抗。

並促成稅收情報交換成為全球稅收論壇之主題。2006年5月全球稅收論壇作了「建立公平競爭環境」之報告，以促使各國經由雙邊談判來進行具實效之稅收情報交換機制。2004年各國簽署了“柏林宣言”以進行有效之稅收情報交換及銀行資訊之交換，並提高稅收透明度；也作了必要之保密機制，將情報之使用範圍作出適當之限制⁴⁵。

第二項 境外法域對境外公司之法律管制⁴⁶

由於國際間對境外法域產生之諸多不利影響與弊病之重視與改進之要求，因而迫使境外法域有關當局配合作了相關之法規修政以資呼應，其較為重要者述之如下：

一. 開曼群島

(一). 開曼群島政府當局於西元2001年規定，要求註冊之境外公司應向註冊代理人揭露有關公司之負責人與受益人之資訊，且規定一定之提供期間，揭露之資訊如涉及商業機密，或以非法方法取得該商業機密，將受該法域所適用之「保密關係維護法」所規範，而科以刑罰，此規定提高了境外公司資訊揭露之透明度及對商業機密給予有效之保護。

(二). 開曼群島之公司法是依據1948年英國公司法所訂定，其公司可分三種：一般當地營業公司（Ordinary Resident Company）、一般非當地營業公司（Non-Resident Company）及稅務免除公司（Exempted Company），其中稅務免除公司不能在該地營業，其註冊條件就註冊資本言最少為5萬美元，可分5萬股，每股1美元。可發行無記名股票。且允許只有1名股東或最少1名董事，自然人或法人皆可，不分國籍，公司且可發行記名或無記名股票。擬註冊之公司不能與已註冊之公司名稱相同或類似。註冊公司無需呈報財務報表，不需申報或繳納所得稅，只繳納年度執照費，除前面所述情形外，註冊境外公司享有高度隱密性，公司股東名冊不對外公開。

二、英屬維京群島

(一). 英屬維京群島（British Virgin Island, BVI），係地處加勒

⁴⁵ 王南，前引註15，頁17-20，引該文註13。王童，維爾京群島之避稅與反避稅，決策與信息，財經觀察，2006年1期，頁3，引該文註14。王君，國際稅收情報交換的最新動態與啟示，涉外稅法，2006年9期，頁3。

⁴⁶ 王南，同前註，頁24-26。

比海，由 40 餘島嶼所組成之島國，人口約 1 萬 5 千人，係英國聯邦國家之一，於 1967 年自治成立，立法院由 11 人所組成，並由該院立法產生總督與 4 名司長以組成行政院，沿襲英國普通法治理，最高上訴庭係位於倫敦之 Privy Council。

註冊維京群島需要具備以下條件：

1. 只須一個申請人即可註冊成立境外公司，公司名稱結尾必須為有限公司，公司名稱不能有“信託公司”或“銀行”等類似詞語。
2. 一般標準註冊資金為 5 萬美元，分為 5 萬股，每股 1 美元。
3. 公司董事為 1 人或多人皆可，法人或自然人不限。
4. 最好董事會設立秘書，但並非絕對必須設置，只是政府當局之要求。
5. 董事可以在任一國家舉行董事會議，或派代理人參加。
6. 股東僅須一位即可，但須年滿 18 歲，董事或高階經理人可以不具股東身份，股東之個人資料不用公開，股東登記名簿必須存放於維爾京境外公司註冊登記處，公司可發行記名或無記名股票。
7. 公司註冊地址必須在維京群島。
8. 公司必須有自己之公司印鑑，且須將樣式呈報註冊處。
9. 英屬維京群島以外營業產生之稅捐一概免繳⁴⁷。

(二). 英屬維京群島於 2003 年修正了 1984 年之“國際商務公司法”

其主要之修正內容為取消無記名股票制度，且必須交由託管機關負責保管，最後受益人之資料必須交給當局有關部門。此種措施提高了股票交易之安全性。另若被有關單位查獲公司之帳戶涉及洗錢，經最高法院發出搜查令後，該境外公司必須揭露其資訊，此一新規定遏止一國資本之外逃行為，有助防止洗錢。及至 2006 年英屬維京群島又將其“商務公司法”進行修正，有限度地揭露股東與董事之資訊，此次修正，使資訊更為之透明，有效加強對境外公司之管制。

三、庫克群島

為了加強對境外公司之監管，庫克群島當局亦將其 1981-1982 年之「庫克群島國際公司法」加以修正，並自 2003 年 6 月 1 日起施行，規定了新法施行後之無記名文書必須呈報監管人保管，監管人一

⁴⁷ 關景欣，前引註 35，頁 58-60。

般係信託公司、銀行或保險公司等金融機構，同時必須向監管人出示文件，記明最終受益人之身份，監管人才會接受該無記名文書，此一規定強化了金融機構對無記名文書之監督。

第三項 歐盟等區域經濟組織對境外公司之法律管制

歐盟於 2002 年訂立「儲備稅收法」規定自 2004 年起，大部份之歐盟成員國都必須採用銀行資訊交換制度，使政府當局知悉人民在海外之存款情況，據以徵收稅捐。另外又通過「歐洲反洗錢公約」與「歐盟反洗錢指令」，前者即 1990 年歐洲理事會制定的「關於清洗、追查扣押和沒收犯罪收益之公約」，後者即 1991 年之「關於為防止洗錢目的利用金融系統的指令」，而統一了反洗錢之立法⁴⁸。

第四項 國際間各國對境外公司之法律管制

第一款 美國對境外公司之法律管制

不同於國際組織對境外公司之管制只是停留於協議階段，美國於 1962 年正式制定「國內稅捐徵收法」(Internal Revenue Code) F 部份條款，該條款又稱受控外國公司規則 (Controlled Foreign Company)，簡稱 CFC，係國際間最早之反避稅法律，該規則係指在境外法域受控外國公司之股東從該公司取得之所得應予課稅。該法之所以產生，係由於美國自 1954 年起開始對美國公司國外營業所得採取延遲課稅制度 (deferral of domestic taxation)，對尚未匯回公司之海外收入暫時不予課稅，且如美國人於境外投資設立之公司所在地對產生之所得不予徵稅或減徵，則該公司對美國股東之股息分配就可免予課稅或減徵。此措施使美國稅收大量留失，為挽救以上缺失，乃有 CFC 規則之誕生，該規則 F 部份條款規定，受控外國公司美國股東應得之利潤，視同當年分配股息，計入該股東名下課稅。

所謂外國受控公司係指美國股東持有該外國公司股權超過 50%，CFC 規則之重要內容簡述如下：

一. 美國「國內稅捐徵收法」規定了「分公司規則」(the branch rule) 該規則規定在國外設立分公司或從事營業活動，若該分公司與子公司具有同樣稅收功效，該分公司營業收入將被認係子公司之收入，則 CFC 之收入將構成其外國基地公司之所得。另外，對該所得來源地與

⁴⁸ 張國敏，前引註 1，頁 13-14。

CFC 從事營業的其他國家用於該項所得之稅率比較，必須足夠低於對比國家對其所適用的實際稅率。適用該規則之後，分公司即納入 CFC 銷售所得之交易類型中⁴⁹。

二. 同時「國內稅捐徵收法」亦規定了一些免除條款，例如有所謂微量所得免稅條款與非避稅動機免稅條款，其針對的是避稅型公司，對受控外國公司則不適用，另有外匯管制免稅條款，即若 CFC 之所在國實施外匯管制，致海外盈餘無法匯回美國時，經財政部同意，准將該盈餘免計入 F 部份所得⁵⁰。

第二款 英國對境外公司之法律管制

一. 英國對境外公司之稅收管制規定於「收入與企業稅法」第 17 部份第四章中，該法規定若一受控外國公司的應稅利潤被分攤到一位於聯合王國之公司，該公司所分攤之應稅利潤根據適當稅率計算法人稅，減去其所分攤之受控外國公司在該會計結算期間之可抵免稅款⁵¹。

二. 英國於金融領域之管制主要係指反洗錢之規範，包括三種反洗錢刑事法令，如「1988 年刑事審判法」、「1994 年反毒品交易法」、「2000 年反恐怖活動法」，包含三種洗錢犯罪類型；協助洗錢罪、透露消息罪、知情不報罪。2002 年另頒布有「犯罪收益法案」，另行創設單獨之洗錢犯罪類型，又規定被監管之行業若未呈報該犯罪之有關報告亦將被視同犯罪處置。2001 年又頒布「反洗錢條例」，將適用範圍擴及外幣兌換所、匯款代理仲介與貨幣運營商等⁵²。

第三款 日本對境外公司之法律管制

一. 日本商法與公司法都將以境外公司至國內投資之公司視同假外資公司處置，日本 2002 年修訂之「商法典」482 條規定：在日本設立之總公司或以營業為目的之公司，雖於外國設立，仍須與在日本設立之公司同樣遵照同一法律規定。另日本「有限公司法」第 76 條規定：商法典第 479 條至第 482 條之規定，準用於與有限公司同類或與

⁴⁹ 美國「國內稅捐徵收法」第 954 條，法典原文見 <http://www.fourmilab.ch/ustax/www/contents.html>

⁵⁰ 美國「國內稅捐徵收法」第 964 條，法典原文見同前註 49。

⁵¹ 大陸商務部全球法規網：<http://policy.gov.cn/intlaw/intlawonecountry.aspx?cn=英國..英國「收入與企業稅法」第 747 條> (2007 年 3 月 8 日)。

⁵² 國際反洗錢法律框架研究，<http://www.economiclaws.net/tonggao/list.asp?id=1595> (2007 年 3 月 6 日)。張國敏，前引註 1，頁 17 引註 35。

之類似之外國公司，這些規定並未對“假外國公司”做明確定位，直至 2005 年公佈之新「公司法典」，才對“假外國公司”加以明確規範，依該法規定：在日本之外國公司若總公司設於本地，或該公司係以營業為目的，將被禁止繼續從事業務經營，任何公司若與其發生交易行為，該公司必須與其負連帶責任。

二. 又日本公司法亦採取公司法人人格否認制度，所謂公司法人人格否認制度，係指法院可以勿庸顧及有限公司之特殊性，而否認公司之主體性，直接要求股東負擔一定之責任。由於「假外國公司」一般皆有利用外國法人身份以規避內國法律之情形，因之可以適用法人人格否認制度。

依照日本新「公司法典」，若被認定為“假外國公司”，其外國公司之法人人格不會獲得承認，故實際上即否認了假外國公司之法人人格⁵³。



⁵³ 中國法院網，<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=136811>（2007年3月8日）。另見于敏，日本公司法現代化之發展動向，北京社會科學文獻出版社，2004年，頁306-307。

第三章 台資企業從事大陸投資之法律分析

第一節 我國對台資企業從事大陸投資之法律規範

第一項 台資企業赴大陸投資概況

第一款 外資企業對大陸投資之演進與概況

大陸目前為開發中國家吸收外資數量最大之國家，自 1979 年至 1998 年已達 2,656 億美元，1999 年外商投資大陸金額為 404 億美元，僅次於英國與美國。世界各國對大陸投資之前 10 個國家與地區分別為香港、美國、日本、我國、新加坡、維爾京群島、韓國、英國、德國和澳門；全世界 500 大跨國公司中已有 400 餘家在大陸已投資設立了據點。依據大陸外經貿部門之統計資料顯示，2001 年上半年大陸之外來投資有了大幅成長，新批准外商投資共 1 萬 1,973 項，其中合同外資計 334.1 億美元，實際使用外資金額為 206.91 億美元，成長 20.53%，顯示外資對大陸之市場極為看好。1996 年為 816 億美元，1997 年因受亞洲金融風暴影響合同外資金額降至 611 億美元，1999 年衰退幅度高達 17.7%，2000 年成長 20.6%，2001 年成長幅度更高達 38%⁵⁴。而 2002 年大陸吸引外資金額更創歷年新高，達 527 億美元。2003~2004 年，外商投資金額再創新高，分別達到 535 億美元和 606 億美元⁵⁵。

大陸由於腹地廣大，生產資源充裕，物產豐富，人力土地及製造成本低廉，經濟之持續發展及政治之穩定，又由於國家大力吸引外資，政策上對外來投資者給予獎勵及頒布許多優惠措施，塑造成一良好之投資環境，因此受到跨國公司之重視。大陸實行改革開放 20 多年來，經濟成長率每年均超過 8%，國內生產總值（GDP）已高居世界第七位，外貿總值指標更高達世界第三位。由於經濟之高度成長，生活與消費水準之不斷提高，使大陸不僅為一世界工廠，更是一龐大之內需市場，可預見的是，外商今後更將紛紛前往投資，或設立生產工廠，或設立營運總部，或設立行銷據點，使大陸成為外商投資之搖籃⁵⁶。

⁵⁴ 易建明，國際投資法，翰蘆圖書出版有限公司，2002 年 3 月 1 版，頁 20-21。

⁵⁵ 許光泰主編，台商大陸投資手冊，行政院大陸委員會，民國 95 年 2 月 1 版，頁 6。

⁵⁶ 許光泰，前引註 55，頁 6。

第二款 台資企業對大陸投資之概況

台資企業赴大陸投資，始於 1982 年至 1983 年間，由於大陸此時剛宣佈改革開放，故此時前往大陸投資之台資企業不多，直至 1987 年 7 月，政府宣佈解嚴，開放赴大陸探親以後，前往大陸投資之台資企業才快速增加。根據經濟部投資審議委員會統計，1991 至 1997 年台商赴大陸投資件數為 20,362 件，金額為 112.08 億美元，1998 年為 641 件，金額為 15.15 億美元，2002 年大幅成長為 1,490 件，金額為 38.58 億美元，2003 年為 1,837 件，金額為 45.9 億美元，2004 年為 2004 件，金額為 69.4 億元，總計 1991 至 2008 年 12 月止共計 37,181 件，投資金額為 755.6 億美元⁵⁷。

投資之主要分佈地點為：廣東、江蘇、福建、河北、浙江，許多台資企業由於以第三地境外公司（如維京群島，開曼群島，香港）之名義前往大陸投資，故實際投資應不止以上數目。

早期台商對大陸之投資形式主要以三來一補為主⁵⁸，至中期以獨資居多，近期則以合資、合作為主，台商一般皆以機器設備與流動資金投資，再輔以管理技術，而大陸方面則以土地廠房，基礎設備，勞務等項目做為股本投資。一般規模都比外商小，大部份都在 500 萬美元以下，而以 80 萬美元之小型投資案居多，其次為 150 萬美元之中大型投資，超過 500 萬美元以上之投資比例僅佔 7.6%。

台資企業在大陸生產之產品與在台灣生產產品檔次相同者較多，約佔 37%，其次為完全不同之產品約佔 32%，其次產品檔次較台灣母公司為低佔 15%。另台商在在大陸主要產品之屬性以最終消費品最高，約佔 67%，其次為原材料、中間產品約佔 21%，再次為機器設備及其零配件約佔 12%。另台資企業在大陸之產品比外銷為主，占銷售額之 60%，內銷大陸占 40%，銷往美國比例約佔 10%，回銷台灣之比例為 14%，回銷之廠商大都為小規模生產事業，而獲利之

⁵⁷ 經濟部投資審議委員會網站 [http: www.moeaic.gov.tw](http://www.moeaic.gov.tw)。(2008 年 4 月 4 日)

⁵⁸ 所謂三來一補，係台商在大陸投資之企業形態，稱做「加工廠」，有「來料加工」、「來件裝配」、「來樣加工」及「補償貿易」之加工貿易模式，是大陸改革開放發展經濟過程中為吸收外資所採用之一種模式，以「來料加工」為大宗。見林家亨，大陸投資優惠條件的法律效力探索，秀威資訊科技股份有限公司一版，2007 年 2 月，頁 45-46。

廠商約占 53.6%，另外表示目前還未獲利約占 37.8%⁵⁹。

第二項 台資企業赴大陸投資之法律規範

台灣地區自民國 76 年宣佈解除戒嚴，開放人民赴大陸探親之後，由於呼應中國大陸自 1978 年（民國 67 年）以來中共 11 屆三中全會之宣佈改革開放措施，兩岸人民之互相交流，而致台商紛紛前往大陸進行投資，政府當局為因應此種趨勢，乃由經濟部以行政命令於民國 79 年 10 月 7 日公佈「對大陸地區從事間接投資或技術合作管理辦法」，其後政府為規範兩岸人民因往來產生之法律問題，乃於民國 81 年 9 月 18 日公佈施行「台灣地區與大陸地區人民關係條例」，其後於 92 年 10 月 29 日修正公佈，其第 35 條第 1 項規定：「台灣地區人民、法人、團體或其他機構，經經濟部許可，得在大陸地區從事投資或技術合作；其投資或技術合作之產品或經營項目，依據國家安全及產業發展之考慮，區分為禁止類及一般類，由經濟部會商有關機關訂定項目清單及個案審查原則，並公告之。但一定金額以下之投資，得以申報方式為之；其限額由經濟部以命令公告之。」，第 35 條第 4 項規定：「第 1 項及第 2 項之許可條件、程序、方式限制及其他應遵行事項之辦法，由有關主管機關擬定，報請行政院核定之」，第 86 條第 1 項規定：「違反第 35 條第 1 項規定從事一般類項目之投資或技術合作者，處新台幣 5 萬元以上 2 仟 5 佰萬元以下罰鍰，並得命其限期停止或改正，屆期不停止或改正者，得連續處罰。」，第 2 項規定：「違反第 35 條第 1 項規定從事禁止類項目之投資或技術合作者，處新台幣 5 萬元以上 2 仟 5 佰萬元以下罰鍰，並得限期命其停止，屆期不停止，或停止後再為相同違反行為者，處行為人 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 2 仟 5 佰萬元以下罰金。」，作為台商赴大陸投資與技術合作與之違反者處罰之依據。經濟部據此於 82 年 3 月 1 日訂定公告「在大陸地區從事投資或技術合作許可辦法」，並於 97 年 9 月 12 日修正發布，而原訂之管理辦法於 82 年 3 月 1 日廢止。經濟部並根據前開兩岸人民關係條例第 35 條第 1 項之授權，於 82 年 3 月 1 日發佈「在大陸地區從事投資或技術合作審查原則」，而使對大陸之投

⁵⁹ 易建明，前引註 55，頁 35-36。

資政策由逐案之會議審查，到「戒急用忍，行穩致遠」，以致「積極開放，有效管理」，而於 98 年兩岸大三通之後，政策更加開放，更有鼓勵台資企業回台投資上市之一連串措施，由此在在顯示兩岸在投資關係上之密切。

以下根據前開許可辦法與審查原則，將台商前往大陸投資之規範略述之⁶⁰：

第一款 大陸投資之意義

依「在大陸地區從事投資及技術合作許可辦法」第 4 條之規定，本辦法所稱在大陸地區從事投資，係指台灣地區人民、法人、團體或其他機構在大陸地區有下列行為之一者：

- 一. 創設新公司或事業。
- 二. 對當地原有之公司或事業增資。
- 三. 取得當地現有公司或事業之股權，但不包括購買上市公司股票。
- 四. 設置或擴展分公司或事業。

台灣地區人民、法人、團體或其他機構直接或間接投資第三地區公司、並對該公司之經營具有支配影響力，而該公司有前項各款行為之一者，亦屬本辦法所稱在大陸地區從事投資。

證券投資信託事業運用證券投資信託基金，期貨信託事業運用期貨信託基金、以及證券投資信託事業、證券投資顧問事業或期貨經理事業經營之全權委託投資資產、其投資大陸地區發行之有價證券、由目的事業主管機關另行規定，不受第 1 項第 3 款之限制。

第二款 主管機關與出資類別

依本許可辦法第 3 條之規定，對大陸投資之主管機關為經濟部，執行單位為經濟部投資審議委員會。依本辦法第 6 條之規定，台灣地區人民、法人、團體或其他機構在大陸地區從事投資，其出資之種類以下列各款為限：

- 一. 現金。
- 二. 機器設備、零配件。
- 三. 原料、半成品或成品。
- 四. 專利技術、專利權、商標專用權或著作財產權。

⁶⁰ 許錦福，海外投資的第一本書，實用稅務出版社股份有限公司，2003 年 12 月初版，頁 133。

五. 其他經主管機關認可投資之財產。

第三款 投資之項目

依「在大陸地區從事投資或技術合作審查原則」貳之規定，在大陸地區從事投資或技術合作之產品或經營之項目，分禁止類及一般類：

一. 禁止類：基於國際公約、國防、國家安全需要、重大基礎建設及產業發展考量，禁止前往大陸投資之產品或經營項目。

二. 一般類：凡不屬禁止類之產品或經營項目，歸屬為一般類。

主管機關基於產業政策之考量，召集產、官、學界組成之專案小組，就前述產品或經營項目之分類，進行每年一次之定期檢討及不定期之專案檢討，並研提建議清單，由主管機關審查彙整，報請行政院核定後公告之。其檢討分類之原則如左：

(一). 凡有助於提高國內產業競爭力，提升企業全球運籌管理能力者，應積極開放。

(二). 國內已無發展空間，須赴大陸投資方能維繫生存發展者，不予限制。

(三). 赴大陸投資可能導致少數核心技術移轉或流失者，應審慎評估。

第四款 審查原則

一. 投資金額限制

依 97 年 8 月 29 日新修正「在大陸地區從事投資或技術合作審查原則」參之規定，投資人對大陸投資累計金額不得超過下列金額或比例上限，但經經濟部工業局核發符合營運總部營運範圍證明文件之企業或跨國企業在台子公司，不在此限：

(一). 個人：每年 500 萬美元。

(二). 中小企業：新台幣 8 仟萬元，或淨值或合併淨值之百分之六十，其較高者（97 年 8 月 29 日修正前為淨值百分之四十）。

(三). 其他企業：淨值或合併淨值之百分之六十，其較高者（97 年 8 月 29 日修正前為百分之四十）。

前項但書之跨國企業，指申請前一年於全世界營業收入達 1 億美元以上，並在二個以上國家建立子公司或分公司，由母公司或本公司

進行有效之控制或統籌決策，以從事跨越國界生產經營行為，其母公司或本公司在國外，且在台灣地區設有子公司或分公司之經濟實體。依違法在大陸地區從事投資或技術合作案件裁罰基準第 11 點規定，向主管機關主動陳報時之投資累計金額，不受第一項規定之限制。大陸投資事業盈餘轉增（投）資之金額，不計入其投資累計金額。投資人將大陸投資事業之股本或盈餘匯回台灣地區者，得扣減其投資累計金額。

二. 依審查原則肆之規定，申報或申請在大陸地區從事一般類項目之投資或技術合作案件，相關主管機關應依下列方式辦理：

(一). 申報案件：

投資人個案累計投資金額在 100 萬美元以下者，得以申報方式為之，並應於投資實行後 6 個月內，備齊在大陸地區從事投資或技術合作許可辦法第九條第一項規定之文件，向主管機關申報。

(二). 簡易審查案件

1. 簡易審查案件指個案累計投資金額符合下列規定之一者：(1). 五千萬美元以下。(2). 逾 5 千萬美元，但非屬第三款專案審查案件。

2. 簡易審查方式應針對投資人財務狀況、技術移轉之影響及勞工法律義務履行情況及其他相關因素進行審查，並由主管機關會商各相關機關意見後，逕予准駁。

3. 有特殊必要時，得提經濟部投資審議委員會審查或改採專案審查。

4. 主管機關於投資人備齊完整文件後一個月內未作成決定，則該申請案自動核可生效，主管機關並應發給證明。

(三). 專案審查案件

大陸地區投資事業個案累計投資金額逾 5 千萬美元，由主管機關會商相關機關後，提報經濟部投資審議委員會委員會議審查，其審查項目如下：

1. 事業經營考量因素：包括國內相對投資情形、全球化佈局、國內經營情況改變及其他相關因素。

2. 財務狀況：包括負債餘額、負債比例、財務穩定性、其集團企業之財務關聯性及其他相關因素。

3. 技術移轉及設備輸出情況：包括對國內業者核心競爭力之影響、研發創新佈局、侵害別家廠商智慧財產權之情形及其他相關因素。

4. 資金取得及運用情形：包括資金來源多元化、資金匯出計劃、大陸投資資金匯回情形及其他相關因素。

5. 勞工事項：包括對就業之影響、對勞工法律義務之履行情況及其他相關因素。

6. 安全及策略事項：包括對國家安全之可能影響，經濟發展策略考量、兩岸關係及其他相關因素。

三. 依審查原則五之規定，主管機關應每年定期或視需要邀集陸委會、中央銀行、財政部、經建會、勞委會、農委會等部會首長參酌左列各項因素、調整前述採簡易許可程序之個案累計投資金額上限及個別企業累計投資金額比率上限，或採取其他必要之措施，以降低大陸投資對整體經濟之可能風險。

- (一). 國內超額儲蓄率。
- (二). 赴大陸投資占 GDP 之比重。
- (三). 赴大陸投資占國內投資之比重。
- (四). 赴大陸投資占整體對外投資之比重。
- (五). 赴大陸投資廠商資金回流情形。
- (六). 外匯存底變動情形。
- (七). 兩岸關係之狀況。
- (八). 國內就業情形。
- (九). 其它影響總體經濟之因素⁶¹。

⁶¹ 許錦福，前引註 61，頁 134-138。

第二節 中國大陸對台資企業從事大陸投資之法律規範

第一項 中國大陸投資之政經與法律環境

第一款 政治環境

中國大陸自建政以來一直是實施以黨領政，黨對政、軍、法、經居於全面之領導地位，根據黨章規定，中共的最高權力機關是黨的全國人民代表大會與其產生之中央委員會，在中央委員會閉會期間由中央政治局與常務委員會負責領導，對全國性之重大政策，均由中央政治局與其常委會做出決定，各級黨委員會實行集體領導與個人分工之制度，國家之重大問題都採集體領導、民主集中、會議決定之原則。在中央與地方機關、人民團體、經濟文化機構與非黨組織之領導機構中，大都成立黨組織，以便發揮領導核心作用，以貫徹執行黨的路線、方針與政策。根據中共黨章規定，凡企業、機關、農村、學校、街道社區等有正式黨員三人以上之地方，都應成立黨之基層組織，在台資企業內亦應依照上開規定設立黨之組織，以貫徹黨之方針政策，引導和監督企業遵守國家之政策法規，促進企業健康發展。

中共之政協組織全稱為「中國人民政治協商會議」，組成單位包括八個民主黨派、婦女聯合會、青年聯合會、工商業聯合會、科技協會、歸國華僑聯合會、台胞聯誼會、社會各界人士、無黨派民主人士和特邀港澳人士。其主要職能有三，即政治協商、民主監督和參政議政。中共透過政協組織以籠絡各黨派精英，以確保其執政地位。

人大組織是個權力機關，在中央有全國人民代表大會，在地方則有各級地方人大，是代表人民行使國家權力的機關，國家行政機關、審檢機關都由各級人大產生，對其負責，並接受其監督。人大代表之產生，在縣級以下係由人民直接選舉產生、省級和全國人大的代表則由下一級人大代表間接選舉產生。1975年《憲法》規定全國人大是在中共領導下的最高國家權力機關，主要職權是依據中共中央委員會的提議任免國務院總理和國務院組成人員，現行憲法雖將接受中共領導之明文取消，但仍規範在序文中，故仍受中共中央之節制。

中共之最高行政機關為國務院，要對全國人大及其常務委員會負責且必須向其報告工作，是由總理、副總理、國務委員、各部部長、

各委員會主任、審計長、秘書長組成。由於實行黨政一體，大多數國務院之一級領導均為中央政治局之成員，直接對黨內決策核心負責。國務院組織機構龐大，歷年曾多次變革，變革之決策過程完全由黨組織領導⁶²。

第二款 經濟體制

中國大陸經濟體制於改革開放後將單一公有制之體制變為公、私經濟並存，改革之指導思想是實事求是之原則，從 80 年代的「有計劃之商品經濟」到 90 年代之「社會主義市場經濟」，顯見其觀念之創新。其後因加入世貿組織，開放市場，降低關稅，取消非關稅壁壘，加速大陸經濟體制之改革，除持續對國有企業進行改革，也加強改善對非公有企業之不公平待遇，並轉變政府職能，減少行政審批，強化依法行政，加速財經體制改革，建立宏觀調控體系，適當劃分中央和地方經濟管理權限。

中共之農村體制改革於十一屆三中全會後曾採行生產責任制，也推行承包、租賃等經營責任制，此種改革，擴大企業自主權之企圖，使企業希望自主經營，並於 1984 年《中共中央關於經濟體制改革的決定》中，進行城市改革，產生「有計劃的商品經濟理論」，由市場調解機能決定。於 1988 年施行「工業企業法」確立企業負責人有經營決策及人事權。1992 年通過《工業企業轉換經營機制條例》，實施勞動合同制，為市場經濟奠定基礎。但以上改革仍是公有制企業之框架，直至 1992 年鄧小平南巡，指出社會主義市場經濟才是改革之目標。直至 1993 年市場經濟體制才經修憲確立，強調宏觀調控，公佈《中共中央關於建立社會主義市場經濟體制若干問題之決定》，建立「產權清晰、權責明確、政企公開、管理科學」為指導原則之現代企業，允許股份制、股份合作制、承包、租賃、託管、聯合兼、分離、破產之形式，改造國有企業。

大陸對私有企業之基本態度，數經轉變。1982 年通過憲法時，將「城鄉勞動者個體經濟」定位為「社會主義公有制經濟之補充」，

⁶² 許光泰，前引註 56，頁 10-14。

由於對個體經濟之運作不能放任，而由行政加以管理監督。直至 1999 年修憲時才調整對個體經濟與私營經濟之地位，認為非公有經濟為「社會主義市場經濟的重要組成部份」，但仍以行政管理加以監督。

第三款 法律體制

中國大陸自建政以來，由於視法律為資產階級之遺毒，故長期以來國家社會均處於法治之空窗期，但自 1979 年改革開放後，由於法治之得到高度重視，故法治建設獲得長足進展。尤其自 1999 年宣告要依法治國，建設社會主義法治國家，大量頒布各種法令，而大陸之法律主要係指「法律」、「法規」、「規章」三種，憲法法律位階最高，而法律效力高於行政法規、地方性法規、規章，行政法規效力高於地方性法規、規章，地方性法規效力高於本級和下級地方政府規章，省和自治區之規章效力高於本行政區內較大的政府規章。

法律為全國人大及常委會所制訂，係行使立法權之機關，全國人大負責制定和修改刑事、民事、國家機關的其他「基本法律」，全國人大常委會負責制定和修改「基本法律」以外之法律，即「一般法律」，由於「立法法」並未對二者作出區別之規定，因之，二者如何區別，應由通過機關來定位。這是因為中共現行憲法以二個機關習慣用語為「法律」、「法令」不易區別而加以改稱，二者區別之實益在全國人大可改變和撤銷全國人大常委會之不適當決定。

法規分為「行政法規」與「地方性法規」，為因應現實之需要，國務院曾被授權可就有關改革開放自行訂頒行政法規施行，使國務院之權限極度擴大，幾乎取代全國人大制定法律之功能。但自「立法法」施行後則要求回歸立法常態，同時，全國人大及其常委會對於一時未即制定法律之事項，亦可授權國務院制定行政法規，而有關刑事法規，剝奪政治權利及限制人身自由的措施與處罰、司法制度則不許可國務院制定「行政法規」。「立法法」又規定行政法規在制定過程中應廣納各方意見，並增加其合理性、公平性與透明度，呈現法規之民主化。

國務院各部、委員會及直屬機構得在自己之權現範圍內制定行政規章，省、自治區、直轄市亦可在法律許可範圍內制定規章，依據「立法法」之規定，部門之間制定之規章互相矛盾或衝突時，則由國務院負責裁決。而地方人大常委會可撤銷本級政府不妥適之規章，省、

自治區的人民政府可撤銷或改變下一級人民政府不妥適之規章，國務院亦可改變或撤銷不妥適之部門規章與地方政府規章⁶³。

第二項 中國大陸外資法概述

第一款 中國大陸外資法體系與發展歷程

外資法律體系是指調整一國外國投資關係之法律規範體系之有機組織，一般具有如下特色：第一，外資法律體系是一國現行全部法律之整體規範，是一國外資政策之全部內容。第二，外資法律體系是由一國調整不同種類外資關係法律法規之有機體，不同種類、不同層次之外資法律規範是按照一定之標準進行分類整合，呈現為一個體系化、系統化相互聯繫之有機體。第三，外資法律體系應體現經濟規律和外資政策的有機統一。外資法律體系之構建往往體現出國家對外資保護、鼓勵、限制、引導之主觀態度，不同國家之外資法律體系也因此呈現不同之立法模式，中國大陸之外資法律體系亦不例外⁶⁴。

一. 中國大陸外資法及外資法律體系之概念

中國大陸自實行改革開放，大力引進外資以來，陸續頒布許多外商投資之法律規章，已自有形成一套體系完整之外資法律體系。但採取的並非單一法律之立法體例，而是單獨訂立各項專門之單行規章，根據法律效力層次之不同，可分為憲法性之規範、中央專門單行立法與地方性法規三種：

(一). 中華人民共和國憲法第 18 條規定：「中華人民共和國允許外國的企業和其他經濟組織或者個人依照中華人民共和國法律的規定在中國投資，同中國的企業或者其他經濟組織進行各種形式的經濟合作。在中國境內的外國企業和其他外國經濟組織以及中外合資經營之的企業，都必須遵守中華人民共和國的法律。它們的合法的權利和利益受中華人民共和國法律的保護。」，此規定從根本上對外資之引進和保護加以明文肯定與規範，是外資法律體系之最高層次規定。

(二). 中央專門單項立法是由全國人民代表大會及其常務委員會所制定之法律，以及授權國務院及其所屬部委根據憲法與法律制定之行政法規，涉及外商投資形式及企業形式、經濟特區立法以及涉及稅

⁶³ 許光泰，前引註 56，頁 15-17。

⁶⁴ 張慶麟主編，國際投資法問題專論，武漢大學出版社，2007 年 10 月 1 版，頁 181-182。

收、工商管理等相关法律、法规，属于外资法律体系之基本层次，为外资法律体系之主体，为外资法律体系之第二层次。

(三). 地方性法规包括授权立法与职权立法二项，不得与宪法、法律或行政法规相抵触，授权立法是指全国人大常委会授权经济特区和非经济特区省市制定外资单行法规及地方性法规之权力；职权立法是指大陆各省市自治区可根据本地区之情况制定利用外资之地方性法规，由于各地之地方性法规纷纷制定，形成外资法律体系之一特殊层次⁶⁴。

又依据外资法所调整外资关系的内容不同，外资法律体系包含外商投资企业之组织法、外商特殊投资方式之立法、外商投资企业之行为规则、外商投资之宏观调控法等内容：

1. 大陆第一部外资的法律是1979年的「中外合资企业法」，其后又颁布「外资企业法」与「中外合作企业法」。另外就外资企业之审批、登记、出资及内部管理等问题，主管机关也制定大量之规章以进行管理，对外资企业之设立、经营、终止、清算已经制定一系列之法律规章，建立了一套完整之体系。

2. 就外商特殊投资方式之立法方面，于1982年，大陆颁布了「中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例」，1990年国务院又颁布「外商投资开发经营成片土地暂行管理办法」。1995年，原外经贸部发布「关于外商投资举办投资性公司的暂行规定」，对外资投资性公司进行了规定。同年又发布「关于以BOT方式吸收外商投资有关问题之通知」，对BOT投资方式进行了规定。1997年国家计委和国家外汇管理局发布「境外进行项目融资管理暂行办法」。2003年，4大部门又发布「外国投资者并购境内企业暂行规定」，对外资购形式作了比较系统性之规定。

3. 外商投资企业行为规则主要对外资企业营运活动进行管理之规范。大陆自引进外资起就对外资企业的税务、财务、外汇使用、技术引进与劳动人事等制定了文件加以规范。至目前为止，许多规定仍

⁶⁴ 张庆麟，前引注66，页182-183。

然有效，如 1996 年國務院發布的「外匯管理條例」等。

4. 外資企業之宏觀調控法是指對外資產業與地區方向進行引導，1980 年國務院制定「關於鼓勵外商投資的規定」、「關於鼓勵華僑和香港、澳門同胞投資的規定」、「關於鼓勵台灣同胞投資的規定」，及 1995 年頒布的「指導外商投資方向暫行規定」和「外商投資產業指導目錄」等此類規範即是。主要是對外商之優惠措施和國家產業之指導目錄，而省市等地方政府亦頒布許多對外資優惠措施之規範文件，宏觀調控法對吸引外資起了關鍵性之作用。

80 年代以來，為發展經濟，許多發展中國家修訂其外資政策，對外資採取鼓勵與促進之態度，據統計，1991-1998 年，各國共對其外資進行了 893 次修改，這表明了在全球經濟自由化之趨勢下，各國對外資之態度已由懷疑控制轉為鼓勵保護自由化，所採取之措施包括：

(1). 減少對外資准入、股權、經營等方面之限制：主要採取兩種方式：一為允許外資進入之“積極清單”上增加允許外資進入之行業；另一為減少原來禁止外資進入的“消極清單”上之行業，主要是服務業與基礎設施行業。在股權限制方面，許多國家將股權限制與合資經營作為引進外資之一種工具。在外資引進程序上，許多開發中國家已用簡單之登記手續取代繁瑣之審批程序。

(2). 提高對外國投資者之待遇給予標準：一方面減少外資引進之障礙，一方面提高給予外資待遇標準，並給予國民待遇。

(3). 加強市場監督機制：許多國家紛紛頒布競爭法，建立對跨國併購、證券交易與金融市場之監督機制。

中國之外資法是在烏拉圭回合談判後 WTO 成立前建立其架構，由於與 WTO 之規則有所抵觸，而於 2001 年入世前，主管部門已將三大外資法加以修正，規定外資企業之原材料可向國內與國外市場購買，對禁止出口產品及數量限制措施予以刪除。同時大陸在「中國加入工作組報告書」、「中國加入議定書」及其附件中，承諾加入 WTO 後之一些原則，如非歧視原則、法律統一性與透明性、貿易權、外資准入、股權比例等，凡此均顯示大陸外資法之立法已與近代世界各國外資法

之立法思潮逐漸接軌，而逐步建立其完整之立法體系⁶⁵。

二. 中國大陸外資法律體系之發展歷程

中國大陸外資法律體系的發展，可分為四個歷史階段，第一階段為自 1979-1985 年之起步階段，第二階段為自 1986-1991 年之初步階段，第三階段為自 1992-1999 年之完善階段，第四階段為自 2000 年迄今之調整階段，各階段之發展歷程述之於下⁶⁶：

(一). 大陸利用外資之首部全國性法律為 1979 年全國人大制定之「中華人民共和國中外合資經營企業法」，大陸國務院又於 1983 年公佈「關於加強利用外資之工作指示」，指出應堅持平等互惠之原則，放寬政策，完善立法，至此大陸始開始外資立法之起步階段。其後批准設立深、珠海、汕頭、廈門四經濟特區。1984 年開始又開放上海、天津、大連、青島、廣州等 14 沿海城市，對這些地區實施優惠政策，完善外資立法，擴大地方對外資之審批權限，改善此地區之投資環境。其後國務院又陸續發佈了許多規章，如 1979 年之「關於開展對外加工裝配和中小型補償貿易辦法」，1982 年之「對外合作開採海洋石油資源條例」，為早期引進外資奠立基礎。但此一時期之外資立法相當稚嫩，仍處於試行期，其原因係由於國內法治環境尚未成熟，欠缺利用外資之實務經驗，雖對外資之規範起了相當之指導作用，此一時期之外資法律規範尚不能稱作“外資法律體系”，僅尚處於摸索期，此為外資法律發展之第一階段。

(二). 大陸外資法律體系得以迅速發展始於 1986 年國務院發布之「關於鼓勵外商投資的規定」。1988 年將沿海經濟開放區擴展到遼東半島、山東半島及其沿海市縣，批准海南建省並設立海南經濟特區；1990 年又決定開發上海浦東新區。此時並開展了大規模之外資法治建設工作，1986 和 1988 年分別頒布了「外資企業法」與「中外合作經營企業法」，使外資企業之組織立法初步體系化。又為使外資企業之民商事行為有法律規範，1986 年頒布「民法通則」，1987 年之「海關法」、1987 年之「中國銀行對外商投資企業貸款辦法」、1989

⁶⁵ 梁清，試述完善我國外商投資法的若干問題，湖南師範大學碩士學位論文，2002 年 5 月，頁 5-7。

⁶⁶ 張慶麟，前引註 66，頁 185-189。

年之「進出口商品檢驗法」、1991年之「外商投資企業和外國企業所得稅法」，對外資企業作了管理之規定。1986年之「關於鼓勵外商投資之規定」、1988年之「關於鼓勵台灣同胞投資的規定」、1990年之「關於鼓勵華僑和香港澳門同胞投資之規定」，則係對外資企業之優惠措施與宏觀調控作了明確之規範。

由於此一階段正積極進行擴大對外開放，加大外資引進之力度，故此時立法速度快速，此時外資之法律體系已初步形成，外資進入、退出、營運等相關之法律制度已初步建立，雖然立法方面尚有所欠缺，但對其後法律體系之完善已奠定穩定之基礎，此為法律體系發展之第二階段。

(三). 從中共 14 大與 15 大分別確立吸收外資之政策目標，與更加積極態度走向世界，完善全方位、多層次、寬領域對外開放格局、發展開放型經濟，增強國際競爭力、促進經濟結構優化和國民素質提高之格局後，使利用外資在實務之發展上取得了長足之進步，且使利用外資之法律體系更加完善。1993 年「公司法」之頒布，使外商投資企業之設立與組織有了法律之依據，1995 年原外經貿部發布「關於設立外商投資股份有限公司若干問題的暫行規定」，此為外資企業組織立法之規定。1992 年之「外商投資企業財務管理辦法」，「外商投資企業會計制度」、1994 年「外商投資企業勞動管理規定」、1996 年之「外匯管理條例」，此為對外商企業行為規則立法之規定；在外商投資方式之新立法上，1995 年之「關於外商投資舉辦投資性公司之暫行規定」，1995 年「關於股份有限公司境內上市外資股的規定」，以及 1995 年發佈之「關於以 BOT 方式吸收外商投資有關問題之通知」，以 BOT 方式之規定，加強了投資方式之立法；在鼓勵外商投資及宏觀調控立法上，1995 年之「指導外商投資方向暫行規定」，1997 年修訂之「外商投資產業指導目錄」，對外商投資地區與產業導向都起了指標作用，此為法律體系發展之第三階段。此一階段之外資立法已顯現了市場經濟導向對立法體系之影響，顯示宏觀調控之功能。且隨著公司法、證券法、合同法、擔保法等重要財經法律之頒布，國內法律制度之相繼完備，亦為外資法律體系之完善提供了良好之環境。同時外資法律體系亦暴露種種弊病與不足，須藉由實務之運作且藉由外資之

進一步立法以謀求改善，以因應實際之環境。

(四). 自 1999 年始，為因應大陸加入 WTO 之新形勢，在遵循法制統一、非歧視和公開透明之原則下，對與世界貿易組織規則與大陸對外承諾有抵觸與不一致之法律、行政規章與政策進行全面之清理，如在外資企業組織法上，2000 年修正「中外合作企業法」、「外資企業法」，2001 年第二度修正「中外合資經營企業法」，並相繼修正其實施細則與實施條例；在外資企業經營行為之立法上，至 2002 年初大陸已廢止「中國銀行對外商投資企業貸款辦法」、「重要生產資料和交通運輸價格管理暫行規定」等行政法規。另外訂立「外資參股證券公司設立規則」、「外資參股基金管理公司設立規則」、「外商投資圖書、報紙、期刊分銷企業管理辦法」、「設立外商投資會議展覽公司暫行規定」等外資管理之法規。在外商特殊投資之立法上，最主要對外資進行國內企業併購法制之建立，如 2002 年中國證監會的「上市公司收購管理辦法」、「關於向外商轉讓上市公司國有股和法人股有關問題之通知」，2002 年發佈的「利用外資改組國有企業暫行規定」，2003 年發佈之「外國投資者併購境內企業暫行規定」；在外資宏觀調控之立法上，2002 年修訂了「指導外商投資方向規定」和「外商投資產業指導目錄」，使利用外資更符合實踐之需要，此為外資法律體系建立之第四階段。

第二款 中國大陸外資法立法之基本原則

投資法之基本原則是投資主體在投資活動中應遵循之準則，以體現投資法之基本理念，一般投資法之基本原則亦是中國大陸投資法即外資立法之指導方針。由於投資活動處於變化之商業活動之中，一方面法律規範表現其抽象性，而投資產生之爭議又有具體性，當裁判者在適用投資法以處理爭議仍有不足時，往往以投資法之原理原則作為解釋裁判之依據。當投資法對某項投資行為有具體規定時，適用該規定，當投資法無具體規定時，則適用該投資法之原理原則。投資法基本原則主要依據投資法之基本任務與調整對象之性質來決定。投資法之基本任務是確保投資活動之正常進行，保護投資人之權益。投資法之調整對象是投資之監督管理與營運，投資法之基本原則與一般法律原則不同，其基本原則有四：即符合國家產業發展政策、投資主體地

位平等、利益協調原則、投資決策與責任相一致原則，以下分述之⁶⁷：

一. 投資方向符合國家產業發展政策原則

產業政策是一個國家為實現經濟發展之目標，規範產業組織，促進產業結構合理化之政策，產業政策主要包括產業結構政策、產業組織政策、產業技術政策和產業佈局政策。為實現產業結構合理化，政府當局往往利用產業政策對於投資方向、結構與比例等投資行為進行宏觀調控。例如對於一些基礎產業以及公共建設，需要大量資金才能興辦之事業，如公用設施、水電、鐵公路等投資回收期間長，一般人不願或無力投資之項目，這些項目往往對國家整體建設與經濟發展有重大之影響，政府如不願投資或提供優惠措施，則難於與其他產業平衡發展，結果將造成經濟發展之瓶頸，所以制定合宜之產業政策有其必要性。國家之產業政策是建立在對現行產業結構之基礎上，並對已達到之產業結構水準作出判斷，資以選擇重點投資之項目、行業與地區。投資方向如果違反產業政策，將使產業結構形成不合理之現象，使經濟發展比例失調，使經濟發展之目標不能實現，因之，投資方向必須與國家之產業結構政策相一致。

產業組織政策主要係處理產業內企業間之互相競爭問題，投資方向符合產業組織政策，是指投資方向既要保持市場機制的競爭活力，使企業進行合理競爭，維持各大中小型企業之合理比例，以達成規模經濟，以避免企業間之過渡競爭所產生之低效率，當規模經濟發展到一定階段時，投資方向要符合國家之反壟斷政策。產業技術政策是指著重引導產業技術發展，提高產業效率和推動技術進步之政策。投資方向之選擇要符合國家在產業技術改造發展、教育和培訓之政策，只有投資方向和國家產業政策相一致，才能促進產業技術之開發應用，提高產品之質量與產業之技術水準。產業佈局政策是指產業的區域分布政策，主要係處理產業在不同區域之合理分配問題，投資方向除要配合產業之戰略布局，且要發揮產業優勢，且產業方向之選擇必須符合國家之宏觀調控政策。

二. 投資主體地位應平等原則

⁶⁷ 雷興虎、羅有才，論我國投資法的基本原則，吳漢東主編，私法研究，中國政法大學出版社，2002年9月，卷2，頁405-406。

按照經濟法之觀點，經濟法主體在國家計劃範圍內存在一定之不平等地位，民法則認為民事行為當事人之法律地位平等，並對商品經濟活動採取不加干預之政策，而經濟法為符合經濟政策，以公益為準繩，則強調一定之國家干預。投資法不同於民法又不同於經濟法，投資法係調整政府當局對投資活動之管理與營運行為之法律，在管理行為方面，被監管之投資主體法律地位應平等，在營運行為方面，不同之投資主體法律地位更應平等。

而在大陸，不同於資本主義國家之生產資料之私有制，自然人可以擁有生產材料，因而得以其私有資本從事生產經營活動，而係社會主義下之公有制，自然人無生產資料之所有權，其經營活動受到極多限制。例如自然人不得擔任中外合資企業，中外合作企業一方之當事人，而外國之自然人則可，這即形成兩國自然人在外資法之不平等現象。另一方面大陸為吸引外資，自改革開放以來，對外資提供許多優惠措施，諸如在租稅徵收、土地徵收、行政審批、出資方式及期限等方面，雖然對吸引外資起了極大之效果，但卻犧牲許多內資企業之利益，造成大陸企業與外國企業間之不平等，這與市場經濟主張企業間之平等競爭背道而馳。而內資企業間亦有不平等之現象，例如國有企業是投資主體，數量與比例均甚大，在市場居於壟斷地位，在各方面佔居優勢，而一般內資非國有企業卻處於劣勢，但隨著非國有企業之壯大，不能忽視非國有企業其投資主體之地位，對於與國計民生無重大影響非關國家經濟命脈之產業應開放其投資，以打破由國有企業獨佔之局面。

自然人與法人等作為投資主體，具有其投資目的與投資決策權，需承擔其風險以獲得收益，因之，應處於平等之投資法律地位。由於市場經濟之漸上軌道及私營企業之活絡，這些私營企業投資人得以其私有資本進行投資行為，並享有平等之法律地位。因之，現行外資法有關大陸自然人不得成為當事人之規定應予修正，使二者立於平等之地位，以與國際接軌。欲使國有企業與非國有企業於投資法立於平等之地位，必須處理其缺位問題，例如對國有資產成立專責管理單位，實行分級分層管理。同時建立以企業作為投資主體之制度，而有收益之項目都應由企業投資，政府不應投資營利性事業，而應由其持有股

權之國有企業來進行。而對於內外資企業之不平等地位問題，應於互利之基礎上，賦予外資企業國民待遇，逐漸取消外資企業之超國民待遇，以符合國際社會之趨勢。

三. 公共利益相協調原則

由投資之觀點來看，企業從事投資主要是為獲取收益，他們專注於投資經營活動，對於非營利性之活動較不關切，由於直接對準市場，需承擔盈虧成敗之責任，較少考量社會與國家產業與公益之需求。且經常選擇投資少，收益高之產業或領域。而國家投資則往往會考量國家之經濟與對社會產生之效益，及其所產生之貢獻，因之企業投資與政府投資往往會產生短期利益與長期利益，局部利益與整體利益之衝突。在投資立法中，一方面既要維護國家與社會之整體利益，一方面更要保護企業主個人之局部利益。為了達到企業法人和政府投資者間利益之協調，必須確立其投資目的與範圍。而且必須確立企業法人投資者之地位，使企業利益與國家利益、社會利益相協調。企業成為獨立經營，自負盈虧之實體後，必須遵守國家之法律與政策，貫徹國家宏觀調控計劃，當企業利益與國家利益相衝突時，要達到局部利益服從整體利益，眼前利益服從長遠利益。

四. 投資決策與責任相一致原則

由於長久以來政企不分，致政府雖參與管理，但卻無部門負擔投資之全部責任，國有企業並無實質法人地位，無法行使投資主體職責，無法負擔投資風險，亦無法追究其決策責任。從現行之投資管理流程言，發生各行其是之現象；投資主管部門不管建設與經營效益，主管投資規劃和生產經營單位，並無投資決策權，主管投資資金回收單位則不涉及投資水準與生產經營，各部門均是國家單位，都不能越權干涉他單位事務，因而並無一部門去承擔投資主體之全部責任，以致投資效益無法提高，且無法追究如一投資項目國有資產損失之有關單位之責任，且因權責不清，各單位亦將互推責任。因此必須建立政府投資決策責任制及法人投資決策責任制之制度：

(一). 政府投資決策責任制之建立

有關公益性建設項目，尤其是悠關國計民生之重大投資，應由政府負責整體經濟規劃，指引投資方向，確定投資目標。由國有公司負

責投資，政府只負責規劃及建設項目推動等行政責任，而投資主體則承擔全部投資項目之經濟責任。政府投資決策必須建立在科學評估與科學方法之層面上，應由政府審批之項目，應嚴格執行項目之審批程序與相關規範，對違反投資決策程序者，應依法追究決策者之行政責任，以明確“誰決策，誰負責”，以建立政府投資決策責任之制度。

(二). 法人投資責任制之建立

法人投資責任制係主張“先有法人，後有項目”，在符合國家法律之前題下，法人具有充份之自主權，得對投資方向與投資規模等進行決策，同時承擔風險責任，包括以其資產承擔之財產責任及行政責任。實行法人投資責任制，以改善計劃經濟體制下所造成計劃與建設、建設與管理互相脫節之缺失，以建立現代企業制度，使投資者依法享有所有者權益。法人責任制之建立與現代企業制度關係密切，只有企業擁有法人財產權，企業才能成為獨立自主經營，自負盈虧之經濟實體，而對其投資行為承擔責任。

第三款 中國大陸外資法之現狀

大陸外資立法體系之現狀，呈現以下四項特色⁶⁸：

一. 表現多元層次，體系龐雜之特色

目前在大陸中央和地方都存在大量的外資法規文件，在中央方面，不但全國人大及其常委會，國務院制定大量外資法律規章，且中央各部委亦訂公佈其實施細則或條例。而各部委在自己之權責範圍內亦制定大量之部門規章等規範性文件。在地方方面，各省市、自治區人大及其常委會就外資的規範也制定大量之地方性法規。另經濟特區依據授權亦制定大量之經濟特區法規，以上即形成一個層次多元，體系龐雜之外資法律體系。

二. 採取雙軌制之內外資分別立法方式

大陸內國投資者由內國一套法律規整，而外國投資者則由另一套法律規整，而形成內外資分別立法之法律體系，在規範外資之企業組織法上，制定有「中外合資經營企業法」、「中外合作經營企業法」、「外資企業法」，而內資則有「公司法」、「合夥企業法」、「個人獨資企業法」之法律體系，另一方面「外商投資企業和外國企業所得稅法」規

⁶⁸ 張慶麟，前引註 66，頁 189-192。

範了外資企業之所得稅體制，且有關主管部門亦公佈了在稅收、工商行政、進出口、信貸、外匯管理等法規，因而建立內外資併存之兩套法律制度。

三. 建立以組織法為本位之立法觀念

隨著外商在大陸投資案件之頻繁，實際上已形成以三大外資企業法為中心之外資法律體系，且其實施細則亦對企業之法律性質、設立之程序、資本制度、組織機構、營運制度作了詳細規定，另主管部門亦對外商企業之出資、驗資、登記、股權變動、作了補充規定，且對設立、審批、營運亦公佈了規範性之文件，從而建立以組織法為本位之外資法律體系。

四. 鼓勵外資投資與限制之規定為立法之內涵

大陸外資法在對外資之稅收、土地使用、融資、經出口經營權、外匯管理方面賦予外資企業之諸多優惠措施，且普遍適用於所有外資企業，但僅著重於出口導向型之企業。但另一方面，大陸外資法在外商投資之領域、准入條件、投資比例、審批程序等對外資進入都設定了限制性規定。因而從整體而言，大陸外資法在內涵上存在兩種性質迥異之規定，經由鼓勵性與限制性之併行，而發揮外商投資之最大效應。

總之，大陸自公佈施行外資法以來，外商投資獲得了長足之進展，從 1979 年第一家中外合資企業獲得批准設立至 1998 年底，全大陸累計批准設立外商投資企業共 324620 家，合同外資金額 5724.95 億美元，實際利用外資金額 2671.09 億美元。自 1993 年至 1998 年，大陸連續 6 年保持世界上吸收外資第二，開發中國家第一之地位⁶⁹。

第三項 中國大陸外資法對台資企業之法律規範分析

第一款 中國大陸外資法對台資企業之法律管制

所謂大陸外資法對台資企業之法律管制，係指台資企業以境外公司之模式從事大陸投資所受大陸外資法之管制而言，由於大陸引進境外公司歷史尚短，相關之監管法律並不完備，尚未建立對境外公司之法律管制制度。對至大陸投資之境外公司，仍然以一般外資視之，而統一適用外商投資法之規定，而對台資企業，亦不例外。由於兩岸交

⁶⁹ 梁清，試述完善我國外商投資法的若干問題，湖南師範大學碩士學位論文，2002 年 5 月，頁 7。

流日益頻繁，赴大陸投資之台資企業日益增加，而台商對大陸經濟發展產生巨大之效益，對其權益之保護彌足重視。又由於政治情勢之制肘，兩岸一直無法簽署有關投資之協定，而大陸當局為表示對台商投資權益維護之重視，乃由國務院於1988年7月3日以第7號行政命令發布「國務院關於鼓勵台灣同胞投資的規定」，並於1994年3月5日片面頒布「中華人民共和國台灣同胞投資保護法」，這是大陸針對台商前往投資所作之較為具體之具有全國性之第一部法律規範，其所產生之效應，雖待觀察，但其積極面自應肯定，對台商今後赴大陸投資將具鼓舞作用。而為落實其規定，復由國務院於1999年12月5日以274號令發布「中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則」⁷⁰，而就法律適用之層面言，此應屬外商投資之特別規定，就以上法律所未規定之事項仍應適用大陸外資法或涉外經濟法或其他法律之規定⁷¹。

外商投資法係大陸為吸引外資以發展經濟而制定的關於規範外國投資者與內國投資者有關投資關係之法律，自改革開放以來，大陸陸續公佈許多外商投資法律，其情形有如下述：

一. 關於規範外商投資企業的有：「中外合資經營企業法」及其實施條例、「中外合作經營企業法」及其實施細則、「外資企業法」及其實施細則等。

二. 關於規範外商投資企業登記的法律有：「企業法人登記管理條例」及其實施細則、「公司登記管理條例」、「關於外商投資的公司審批登記管理法律適用的若干問題的執行意見」、「外商投資舉辦投資性公司的補充規定」等。

三. 關於規範外商投資企業勞動法律的有：「外商投資企業勞動管理規定」。

⁷⁰ 關於「國務院關於鼓勵台灣同胞投資之規定」、「中華人民共和國台灣同胞投資保護法」、「中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則」等有關規定見北京創天律師事務所，外商投資法律查詢手冊，中國法制出版社，2003年10月，頁109-112。

⁷¹ 例如依「中華人民共和國台灣同胞投資保護法」第2條第1項之規定：「台灣同胞投資適用本法，本法未規定的，國家其他有關法律、行政法規對台灣同胞投資有規定的，依照該規定執行。」，「中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則」第5條規定：「台灣同胞投資適用中華人民共和國投資保護法和本實施細則，中華人民共和國台灣同胞投資保護法和本實施細則未規定的，比照適用國家關於涉外經濟法律、行政法規。」。

四. 關於規範外商投資企業租稅徵收的有：「增值稅暫行條例」、「消費稅暫行條例」、「營業稅暫行條例」、「個人所得稅法」、「進出口關稅條例」及 2008 年 1 月 1 日實施之「中華人民共和國企業所得稅法」等。

五. 關於規範外商投資企業外匯管理及銀行貸款的法律有：「外匯管理條例」、「我國銀行對外商投資企業貸款辦法」等。

六. 關於規範外商投資企業出資之法律有：「中外合資經營企業合營各方出資的若干規定」、「關於中外合資經營企業註冊資本與投資總額比例的暫行規定」。

七. 關於規範外商投資企業優惠待遇規定的有：「關於鼓勵外商投資的規定」、「關於鼓勵開發海南島的規定」等⁷²。

大陸外資法自摸索建立至今，基本上已形成一以「中外合資經營企業法」、「中外合作經營企業法」、「外資企業法」為核心的較為完整的外商投資法律體系。而自大陸加入 WTO 以後，主管部門陸續公佈「關於外商投資的公司審批登記管理法律適用若干問題的執行意見」、「關於外國投資者併購境內企業的規定」、「外商投資舉辦投資性公司的補充規定」等，以使前開三資企業法與「公司法」和「證券法」能夠接軌。因此，總括而言，大陸外商投資立法已漸為完善，並在不斷修正調整中，雖然如此，但卻未對境外公司投資作一般規範性之規定，其有待來日努力，實所期盼⁷³。

第二款 台資企業在大陸投資之法律地位

此處所要探討的不僅係台資企業在大陸投資之法律地位，且須將其相對人主體之法律地位作一綜合論述，始能窺其全貌。一般而言，台商在大陸地區投資主要是以成立公司方式經營為其主要形態，另外一種較為特殊之形態即為「三來一補」之加工廠，以下分述之：

一. 以公司之組織形態經營

台商在大陸地區投資最普遍係以「有限公司」之方式經營，所謂有限公司係股東以其出資額為限，對公司負其責任之組織形式，依照

⁷² 張國敏，前引註 1，頁 26-27。相關法規見北京創天律師事務所，外商投資法律查詢手冊，中國法制出版社，2003 年 10 月。

⁷³ 盧炯星，論完善外商投資法律制度，中國法學，1996 年 2 期，頁 70-71。

大陸 2005 年 10 月 27 日全國人大修訂之「公司法」第 23 條規定：「設立有限公司應當符合下條件：（一）股東符合法定人數。（二）股東出資達到法定資本最低限額。（三）股東共同制定公司章程。（四）有公司名稱，建立符合有限責任公司要求的組織機構。（五）有公司住所。」，而依第 24 條規定：「有限責任公司由五十個以下股東出資設立」⁷⁴，台商在大陸之所以普遍皆以有限公司（即有限責任公司）方式登記成立經營，主要係依據「中外合資經營企業法」第 4 條第 1 項之規定：「合營企業之形式為有限責任公司」，而「中外合作經營企業法」則未對合作經營之企業形式作相關規定，但就合資企業與合作企業之企業形式上，自有同一之法律上理由，法理上自應類推適用「中外合資經營企業法」第 4 條第 1 項之規定，認為中外合作企業仍應以有限公司之企業方式為之⁷⁵。而依「外資企業法實施細則」第 18 條第 1 項規定：「外資企業的組織形式為有限責任公司，經批准也可以其他責任形式。」，明文立法予外資企業不以設立有限責任公司為限，但一般台資企業大都設立有限責任公司，且大都為獨資企業⁷⁶。

另一台商常用之公司組織方式為股份有限公司，簡稱股份公司，股份有限公司一般股東人數較多，公司資本分為等額之股份，股東以其等額股份對公司承擔責任，股份可以自由買賣流通，且其股東人數隨時在變動，一般而言，股份有限公司具有以下特徵：⁷⁷

（一）. 發起人數之最低限制性

大陸 2005 年新修正公司法第 79 條規定：「設立股份有限公司，應當有二人以上二百人以下為發起人，其中須有半數以上的發起人在中國境內有住所。」，因此，發起人達到法定最低人數是股份有限公司成立之必備條件之一，而與舊法不同的是，舊法人數無上限之限制，新法則規定發起人為二百人以下，與有限公司同。

（二）. 股東出資之股份性

⁷⁴ 修正前規定於舊公司法（即 1993 年公佈，1999 年修正）第 20 條第 1 項，其內容為：「有限公司由二個以上五十個以下股東共同出資成立。」。

⁷⁵ 「中外合資經營企業法」、「中外合作經營企業法」與「外資企業法」合稱「三資企業法」。

⁷⁶ 林家亨，前引註 58，頁 36-37。

⁷⁷ 孫曉潔，公司法基本原理，中國檢察出版社，2004 年 9 月 1 版。頁 85-88。

股份有限公司之資本均分為等額之股份，股份是構成公司資本之最小單位，據以確定股東表決權及股利分配，股東所擁有股份數多寡不一，但每股之金額必須相等，因之每股之權利義務亦平等，此資本股份化之益處，係為了便利股份有限公司向社會大眾募集資本。

(三). 股東責任之有限性

股份有限公司股東僅以其所認購之股份為限對公司負責，除此之外，對公司及對公司之債權人不負責任，公司之債權人不能直接對股東請求清償公司債務。

(四). 資本募集之公開性

股份有限公司與其他公司最大之不同，即在其資本募集之公開性，股份有限公司一般都以發行股票之方式公開募集資本，任何投資人只要認購股票與繳足股款，都可成為股份有限公司股東，因而造成股東之廣泛性，而必須公開其財務資訊，讓所有股東可以知悉查閱，此規定於大陸公司法第 146 條：「上市公司必須依照法律、行政法規的規定，公開其財務狀況、經營情況及重大訴訟，在每會計年度內半年公佈一次財務報告。」股份有限公司之此一特徵，使其又被稱為開放性公司。

(五). 公司股份之流通性

股份有限公司之股票可以自由轉讓交易，這是其另一特徵，除可以在一般交易場所轉讓交易外，還可以在證券交易所掛牌上市交易，股份有限公司股票之公開發行與自由流通，形成資本之證券化，促進資本市場之發展。大陸公司法 138 條規定：「股東持有之股份可以依法轉讓」，股東轉讓其股份，應當在依法設立之證券交易場所進行或者按照國務院規定的其他方式進行（同法第 139 條），此為上市交易，由此表現了股份之流通性，使股東擁有更多之投資機會。

(六). 公司信用基礎之資合性

股份有限公司實行資本確定、資本維持、與資本不變之三大法律原則，蓋公司資本與資產係公司承擔債務之擔保，這是股份有限公司之信用基礎，一般實行法定資本制之國家都要求公司設立必須達到法定資本之最低限額，股東只能以貨幣、實物等出資，而不能以信用或勞務出資，同時實行無盈餘不分配之原則，以維持公司資本，凡此

表現了公司之資合性。

二. 「三來一補」加工貿易廠

台資企業在大陸另以一種形態經營，即加工貿易廠，有「來料加工」、「來件裝配」、「來樣加工」及「補償貿易」稱做「三來一補」之模式，來料加工為在大陸改革開放初期，一切外商投資法律制度尚未健全具備之情形下，便利台商經營企業之一種便宜措施，以「來料加工」為大宗，最初成立於廣東，其後風行於福建、浙江沿海一帶之經濟開發區。來料加工廠與內、外資企業之最大不同在於其並未取得法人之地位，無法人資格，因之，於企業財產責任形式上，來料加工廠須負無限責任，資產不足抵償負債時，來料方母公司須負連帶責任。來料加工廠具有以下特性：

- (一). 並非中國企業法人，僅係加工貿易層次之 OEM，台資企業不享有所有權。
- (二). 不須辦理公司名稱登記，名稱不受國家法律保護。
- (三). 無法取得土地使用權，亦無法對財產為處分行為。
- (四). 須以開發管理區之名義租賃或購買土地廠房。
- (五). 原材料不可向國內採購，必須全數進口，僅輔料可對內採購。
- (六). 不用課徵企業所得稅，由工繳費中扣管裡費（23%）予地方開發管理區當局。
- (七). 稅務及帳務管理較為寬鬆，不依據會計帳課稅，無法開立銷售發票。
- (八). 廠長及會計報關人員由大陸地方政府派任。
- (九). 土地、廠房及機器設備名義上皆不屬來料加工廠所有，無法辦理設定抵押。
- (十). 投資方對其無所有權，無法將其資產顯現於母公司總資產上。
- (十一). 經營期限一般在 10 年以下，且無法取得商標、專利權。
- (十二). 產品需 100% 外銷，無內銷權。
- (十三). 可免稅進口企業設備，加工協定期滿後，設備須退運出關。

由於來料加工廠產生許多管裡上之盲點，例如利用黑市換匯，以逃避外匯管制，引起當局之注意整頓，且於大陸加入 WTO 後法制已日漸健全之情形下，來料加工廠之模式已日漸式微，取而代之係「進料

加工」，如台商於大陸投資設廠，以代工製造模式（ODM OEM）將製成品外銷，即係進料加工形態。由於加工貿易廠之種種不合理之制度，使當局急欲將其導入正軌，如轉為外資或合資企業等，以符合法令之規定，已成一種趨勢，由於早期許多台商均以加工貿易廠經營，如何轉型，乃係一值得研究之課題⁷⁸。

三. 相對人主體之法律地位

大陸為積極引進外資，於各省市普遍皆設有招商引資之執行單位，除了隸屬政府單位之「招商局」、「招商部」外，尚有負責洽商細節之企業單位，而為了落實招商政策，取得投資人之信任，往往這些政府領導身兼招商企業單位之負責人，如某鎮招商引資辦公室部長兼某鎮資產經營公司副總經理，某市經濟開發區招商局局長兼某市經濟發展有限公司副總經理。由於這些領導於與投資人洽談投資條件時，往往代表政府提供許多優惠待遇，而於正式簽署投資合同時，又未居於當事人之一方，只居於見證人之地位，而影響其投資合同之效力及產生爭議。因此除了必須研究投資合同對造當事人單位之法人性質外，尚須對其經濟開發區之法律地位加以研究，方能得其梗概，而大陸各省縣經濟開發區的招商地位，一般有三種組織形態：

(一). 第一種組織形態為開發區管理委員會

係大陸最常見之招商單位，實際上較著名的如：北京經濟技術開發區管理委員會、國家級南京經濟技術開發區管理委員會、南京江寧經濟技術開發區管理委員會、江蘇省常熟東南經濟開發區管委會等，開發區管委會之法律定位如何？有加以探討之必要，如以蘇州市經濟開發區管理委員會為例，依照「蘇州市經濟開發區管理條例」（1996年6月14日頒佈）第6條、第7條之規定，開發區管理委員會係當地人民政府在開發區之派出機構，行使統一之行政管理權及經濟管理權力，並制定投資辦法，審批開發區之各類投資項目。因之開發區管理委員會具有行政主體之資格，能以自己之名義對外行使職權，包括招商之各項業務及簽署投資合同等。再依新修正之「江蘇省經濟技術

⁷⁸ 林家亨，前引註59，頁45-52。

開發區管理條例」之規定，開發區內工商行政管理、外匯管理、銀行、海關、商檢、檢疫、稅務、文教、土地、公安；保險等工作，由所在市之有關部門或由其設在開發區的辦事機構辦理（第 11 條）。以之開發區管理委員會即取得行政主體資格，得獨立對外行使權限，但其上開工作仍須由相關部門或開發區之辦事機關辦理，由管理委員會負責監督與協調之工作。因此雖然開發區管理委員會得以行政主體之地位與投資台商進行投資談判並簽署投資合同，但後續之業務執行仍由開發區之辦事機關辦理，亦即所為之承諾及優惠條件之提供，其主導權仍操之於政府行政部門，管理委員會所為之承諾，就法而言，應無法律上之效力。因之，投資人若與開發區管理委員會交涉各項投資條件時，首應了解管委會之組織職權是否有法律上之依據，先確認其合法之行政主體資格，再進一步洽談其他條件及合同之簽訂，以確保其效力⁷⁹。

（二）. 第二種組織形態為公司組織

另一個台商須洽商投資之對口單位，常為以有限公司形態出現之主體，如南京浦口經濟技術發展總公司，上海寶山城市工業園區開發有限公司，這些公司之重要高階主管，通常亦是各級政府之領導，而這些些單位之法律地位如何？其與台資企業談判之權力如何？對所承諾土地使用權出讓及稅收減免優惠市否有效？對此公司所簽訂之投資合同是否具有法律上之效力？殊有研究之必要。

例如就「蘇州國家高新技術產業開發區條例」之規定而言，並未明確規定經濟發展集團總公司之公司設立形態，以致影響是否為地方政府「事業單位法人性質」，因之其設立形態宜於條文中明確規範為宜。另一方面，就有關之條文而言，並未能顯示經濟發展集團總公司有獲得授權以從事優惠條件之承諾，以及與台資企業簽署投資合同之權力，對投資人實欠缺保障，因之宜於有關條文中規定其設立目的與權力範圍。且依上開條例，同時在該開發區內設立「開發區管理委員會」及「經濟發展集團總公司」，其權限如何劃分？規定並不明確，實有疊床架屋之嫌，且該條例對「開發區管理委員會」之職權範圍規

⁷⁹ 林家亨，前引註 59，頁 131-132，頁 138-139。

定較為詳細，因此「開發區管理委員會」才是對外招商之權責單位。且依上開條例之規定，「開發區管理委員會」與「經濟發展集團總公司」係二平行之組織，是以台商若與「經濟發展集團總公司」簽署投資合同，由於該公司並非權責單位，因之其法律效力如何？不免起疑，若發生投資合同糾紛，如何解決？對台資企業投資人是否有所保障？實值吾人注意。

(三). 第三種組織形態為地方政府之招商部門

大陸地方政府之招商部門（即招商局或招商部）係負責招商業務之主要負責機關，對各地經濟開發區負責監督與管理並實際參與工作，由於招商部門依大陸「國務院組織法」及「地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法」之授權，本得以自己名義與投資人簽署投資合同，但實際上為規避地方政府首先面臨之履約責任，往往不願出面與台資企業等投資人簽署投資合同，而由「開發區管理委員會」或「經濟發展集團總公司」出面代表簽約，因之於實務之運作上，投資台商應與地方政府或其招商部門或經立法授權之開發區管理委員會簽署有關之投資合同，其權益方能獲得法律之保障⁸⁰。

第三款 台資企業在大陸投資之法律優惠與鼓勵

一般進行招商引資之國家，對投資人均有優惠與鼓勵措施，亦即均有外資激動政策，而此一概念首於1983經濟合作暨發展組織（OECD）所提出，而在其1989年之「投資激勵與限制」之報告中，首次闡明激勵政策是“旨在影響投資決策，增加潛在投資利潤，或轉移潛在投資風險而採取之一整套政策措施”，而對其做出定義者，係聯合國貿發會議跨國公司與投資委員會於「1994年世界投資報告」中之“投資激勵是政府通過影響投資的相對成本或盈利潛能，交換投資規模、區位或行業的措施。”，在「1995年世界投資報告」中指出：“激勵政策是專門用來提高特定投資項目的收益率或降低特定投資項目生產成本與風險的政策措施，不同於構成一國對外國投資者吸引力的政策和非政策因素。”，在1996年「激勵與外國直接投資之專題報告中指出：“投資激勵是政府給予特定企業或某類企業的經

⁸⁰ 林家亨，同前註，頁143-147，頁150。

濟利益，但投資激勵不包括非歧視性的政策。“。以上定義說明投資激勵政策對投資決策所產生之影響，而與一般性政策、非政策性因素有所區別，且其係一歷史相對概念，某時期認為係特別優惠待遇，但時間一轉變，可能變為普通一般之待遇，其優惠鼓勵措施述之於下⁸¹：

一. 外資優惠鼓勵之措施

國際間對投資優惠鼓勵之措施一般都採用三分法，如 OECD 與聯合國即是，而分為財政優惠鼓勵措施、金融優惠鼓勵措施與其他優惠鼓勵措施。財政優惠鼓勵措施最主要係減免外來投資者之稅收，最普遍之措施是採取優惠稅率，或者採取低稅率，或對專門之行業或特定之投資者採取特殊稅率，或按不同之稅收基礎分類。金融優惠措施係由公營銀行等金融機構提供優惠利率融資，或提供融資擔保或以支付貨幣的資金補貼，例如對投資項目的投資、生產或銷售予以現金補貼或提供補貼性貸款；參與高商業風險投資，對高商業風險投資項目提供風險融資；或對匯率變動、貨幣貶值等商業風險與徵收等非商業風險提供優惠匯率保險。而其他優惠鼓勵措施大都是實物補助或價格優惠，如以低於市場價格提供土地、建築、工廠或電訊、運輸和水電供應等基礎設施；幫助進行投資前之可行性研究、提供市場信息、幫助獲取原材料、提供生產與營銷技術諮詢；優先與政府訂立合同、授與市場壟斷權、對後來投資者不准進入市場、保護免遭進口競爭等；在外匯待遇給予優惠，如予特殊匯率、保證國外貸款之優惠風險、對出口收入之外匯信貸給予優惠等。

以上三種優惠鼓勵措施中，以財政措施較為普遍使用，而其中最主要係以降低所得稅率、免稅期、減免進口關稅、出口退稅、再投資獎勵應用較廣。一般而言，開發中國家比較偏向使用財政激勵措施，主要係因政府缺乏資金，無法提供資金資助。在金融激勵措施方面，開發中國家因資金之因素，較少使用此種措施，而少部份使用補貼性貸款或貸款擔保等金融措施，另一方面於建設基礎性設施之補貼，提供資訊、管理、技術方面之服務亦日益增多⁸²。

二. 台資企業之優惠鼓勵措施

⁸¹ 張慶麟，前引註 66，頁 257-258。

⁸² 張慶麟，前引註 66，頁 238-241。

大陸自實行改革開放以來，在全力發展經濟，大力引進外資，並在鄧小平倡導「先使一部份地方，一小部份人富起來，再來帶動大陸其他地方，其他人富起來」，「先沿海，後內陸」之經濟發展方針之下，無論上至中央，下至各地方政府均紛紛制定程度不等之法律法規，給予外資及台資企業極度優惠之「超國民待遇」條件⁸³，大力從事土地開發，廣設經濟開發區，高新技術產業園區，以吸引外資及台資企業前來投資設廠。而在初期，由於大陸資金及外匯缺乏，甚少使用外資借貸及貸款擔保等金融優惠鼓勵措施，而係採用以稅收優惠鼓勵為主，形成一規定龐雜之稅收優惠體系，以下就有關規定分述於下：

(一). 台（外）資企業稅收優惠鼓勵之規定

大陸對台（外）資稅收優惠之法律依據係根據「中華人民共和國稅收徵收管理法」，依該法第3條規定：「稅收之開徵、停徵以及減稅、免稅、退稅、補稅，依照法律之規定執行；法律授權國務院規定的，依照國務院制定的行政法規的規定執行。任何機關、單位和個人不得違反法律、行政法規之規定，擅自作出稅收開徵、停徵以及減稅、免稅、退稅、補稅和其他同稅收法律、行政法規相抵觸的決定。」。依據此一明文，大陸於各種稅法上對台（外）商之投資，均作出許多優惠鼓勵之規定，以下分述之：

1. 台（外）資企業所得稅優惠

大陸早期之所得稅法（自1979年至1984年）由於為吸引更多外資進入，因而普遍均對三資企業給予所得稅之優惠，如1980年之「中外合資經營企業所得稅法」第5條規定：「對新辦之合營企業，合營期在10年以上的，經企業申請，稅務機關批准，從開始獲利年度起，第1年免徵所得稅，第2年及第3年減半徵收所得稅」，在2007年之新企業所得稅法頒布前，依原來「外商企業與外國企業所得稅法」

⁸³ 國民待遇原則是關於外國人在本國的法律地位之一項基本原則，就投資領域而言，它要求本國政府給於外國投資者在投資財產、投資活動及有關之司法、行政救濟制度等方面不低於本國投資者之待遇。國民待遇原則不僅體現在各國國內立法及雙邊或多邊投資保護協定中，而且為烏拉圭回合談判所達成關貿總協定最後文本以其「與貿易有關之投資措施協議」（即簡稱 TRMS）所明確規定。雖然外資在大陸之投資行為受到諸多限制，無法與內資享受同等待遇，但在稅收優惠待遇方面則遠超過內資企業，此即所謂「超國民待遇」，見劉劍文、熊偉，國民待遇與與外資稅收優惠政策之改革，中國法學2期，1993年，頁53-54。

與「企業所得稅暫行條例」之規定，企業一般所得稅率為 30%，其中生產性企業經濟特區與國家級開發區為 15%，開放城市及省級經濟開發區為 24%；知識密集、技術密集型產業一般為 30%，於經濟特區與國家級開發區、省級開發區為 15%；金融機構、外商投入運營資金 1000 萬美元以上，經營期 10 年以上，一般為 30%，於經濟特區與國家級開發區、省級開發區為 15%；能源、交通、港口項目或國家特批鼓勵項目為 15%（含上海浦東帶項目在成片土地上從事基礎設施建設之外國企業）。

在企業所得稅優惠減免方面，經營期在 10 年以上，生產性企業和被認定的高新技術企業、技術研發中心，前 2 年免徵，第 3-5 年減半徵收，於中西部地區新辦交通、電力、水利、郵政、廣播電視等事業亦同，即所謂之“二免三減”。非生產性企業，在經濟特區內，外商投資 500 萬美元以上之服務性企業，經營期 10 年以上及在經濟特區內和國務院批准的其他地區設立的外商投資 1000 萬美元以上之金融機構，經營期 10 年以上，均為第 1 年免徵，第 2-3 年減半徵收。中西部地區國家鼓勵類外商投資企業，在現行稅收優惠政策期滿後，3 年內可繼續減按 15% 稅率徵收。從事港口、碼頭建設的企業，經營期 15 年以上的，第 1-5 年免徵，第 6-10 年減半徵收。從事農業、林業、牧業及經濟不發達邊境地區之企業，按規定減免稅期滿後，經國家主管部門批准可在以後之 10 年內，繼續按應納稅款減徵 15%-30% 之企業所得稅；對中西部地區為保護生態環境的農業特產品收入，在 10 年內免徵農業特產稅⁸⁴。

2. 利潤再投資退稅優惠

台資企業將從企業取得之利潤再投資於本企業或轉投資於其他外商投資企業，經營期不少於 5 年，經稅務機關核准，退還其再投資部份已繳納所得稅之 40% 稅款，再投資於「產品出口企業」或「先進技術企業」的，則 100% 退還已繳稅款。

3. 營業稅與關稅優惠⁸⁵

依 1999 年「關於當前進一步鼓勵外商投資之意見」第 1 條第 4 款

⁸⁴ 林家亨，前引註 84，頁 68 註 6，頁 69-71。

⁸⁵ 林家亨，同前註。張慶麟，前引註 66，頁 244。

規定，外國企業向大陸境內轉讓技術，凡屬技術先進或者條件優惠的，經國務院稅務主管部門批准，可以免徵營業稅和企業所得稅；外商投資企業取得之技術轉讓收入免徵營業稅。

保稅區及出口加工區進口生產所需之設備、物質及轉口貨物，免徵進口關稅及增值稅；對全國各地符合「外商投資產業指導目錄」鼓勵類和限制乙類，並轉讓技術之外商投資專案，在投資總額內進口的自用設備，除「外商投資專案不予免稅的進口商品目錄」商品外，免徵關稅與進口環節稅。

在產品之出口，除限制出口產品外，免徵出口關稅；在經濟技術開發區內加工增值 20%以上之產品，原為應徵出口關稅的，海關憑有關證明可免徵出口關稅；加工出口區企業從境內購入之生產用品、原材料、零配件、建築材料及辦公用品，可依規定退稅。

4. 其他稅捐及課徵

(1). 全國按不同產品類別分 17%、13%、6%三種稅率，可依稅法規定範圍減免增值稅；經濟特區產品在本區內銷售的免徵，一般納稅人一律按 6%稅率徵收；保稅區及加工出口區產品在本區內銷售者亦同。

(2). 允許台(外)資企業在經常性項目內可以將人民幣兌換成外匯；允許保稅區及加工出口區內企業可以保留外匯；保稅區及加工出口區內之加工貿易不實行銀行保證金制度。

(3). 地方所得稅依國家規定應納稅額 10%徵收，可由地方政府依實際情況減免。

(4). 由地方政府當地財政部門決定，對按期應納所得稅之外商投資企業實行獎勵。

(5). 由當地政府依據台(外)資企業投資之行業、規模、技術水準、繳

費方式作出決定，對土地出讓費、使用房屋租賃費、能源、水源、電訊、服務等費用實行折扣優惠。

二. 其他優惠鼓勵措施

(一). 在公司設立優惠方面，主要係新設公司之設立程序及營業專案許可內容之優惠，例如加速營業執照之取得，產品於大陸內銷權

之許可，許可從事行銷世界各地產品之返廠維修業務等；在工廠設立之優惠方面，包括確認土地位置及面積，土地轉讓價格及付款條件，國土證取得之期限，土地開發配套措施，廠辦設施之建築或租賃，協助通過消防安檢，協助通過環境影響評估，各種規費之減免或補貼，建廠過程各種問題之協助解決等。

(二). 另外在大陸投資之台資企業還享有其他許多優惠，包括金融激勵措施，如台商直接投資項目所需之建設用地可以獲得優先安排，只需繳納較低土地使用費，台商直接投資項目可以獲得優先之審核待遇，申請案能在 90 或 45 天之短期間內得到主管機關之批復。台商得自主進出口，且可收購其營業範圍外之商品出口，並得開設外匯帳戶。對產品出口型企業與技術先進企業，就生產所須之資金優先貸放。優先提供生產所需之水、電運輸條件和通訊設施，按照國營企業標準計收費用。允許以外匯擔保、外匯質押、海外資產抵押等方式向銀行融資、進一步改善對台資企業之管理與服務⁸⁶。

第四款 台資企業在大陸投資之法律風險

一. 一般而言，台資企業在大陸投資，面臨以下五項風險：

(一). 政治風險：台商在大陸之政治傾向信仰，所為之言行，意識形態等，往往涉及政治上之風險存在。

(二). 投資風險：台資企業以何種模式進入大陸投資，所選擇之合作對象及合資人為何？所簽訂之合同，購買之廠房是否有權利糾紛？

(三). 政策及法律風險：大陸對台資企業之課稅政策、各種投資優惠政策、各地區所頒發之紅頭文件、對內外資執法有別之政策，對台資企業均為政策及法律風險。

(四). 經營風險：台資企業在大陸之企業經營面臨許多之風險，所涉及之層面甚廣，如缺工、缺電、缺料之風險、內銷風險、貿易詐欺風險、營業壞帳風險、稅務風險、進出口報關風險、宏觀調控風險、勞動管理風險、員工跳槽風險、勞動合同風險、智慧財產侵權及仿冒之風險、買賣及其他合同糾紛之風險、產品外包風險、工傷風險、

⁸⁶ 張慶麟，前引註 66，頁 244-245。

員工檢舉之風險、外匯及人民幣升值之風險。

(五). 人身安全風險：台商進出大路車船交通、廠房住宅安全、員工管理、解僱員工、治安問題等均面臨相當之風險。

二. 台資企業面臨經貿糾紛之法律風險：凡是有投資行為，連帶不免將發生法律糾紛，台資企業在大陸投資亦不例外，常見者如合同糾紛、貸款糾紛、勞動合同糾紛、工傷糾紛、仿冒糾紛、土地買賣糾紛、員工跳槽糾紛、員工檢舉等，使台商在經貿方面面臨了許多風險由於部份大陸人民以往均於國有企業中任職，養成使用公有資源之習慣，往往挪用公款進行投資消費，部份民營企業將部份集體所有之資產轉為私有，或將國有資產變賣成為自己之企業，缺乏信用之觀念，容易產生經貿糾紛。

三. 台資企業在大陸面臨投資陷阱之風險：

台資企業早期至大陸投資，均普遍面臨購置廠房土地無法取得使用權利之問題，或落入與中方合資被對方詐騙之陷阱。尤其其後許多台資企業從事內銷，由於大陸地廣，徵信不易，經常出貨後收不到貨款，使台資企業遭受損失；另由於大陸已允許成立進出口公司及一般商業，但申請手續繁瑣，或拖延甚久無法取得執照，但縱使已取得執照，亦面臨諸多如合同、授信及收款之陷阱。

台商在大陸從事投資商業行為，必須隨時注意政府之政策走向，法律規章及其變化，若未做好此項措施，往往會陷入誤觸政策及違法甚至停業關廠之陷阱。另大陸商品之仿冒情形亦值注意，若未採取有關措施，往往會發生侵害或被侵害智慧財產權之風險⁸⁷。

四. 台資企業在大陸投資高科技業之風險

(一). 此即發源於美國之所謂風險投資，風險投資行為與高科技之發展息息相關，由於高科技業之投資與發展，往往須需冒極大之技術與市場風險(如產品生命週期短等)，且投資金額甚為鉅大，一般人不願參與投資，而其創業者恆為學有專長之技術人員，本身缺乏足夠之創業與經營資金，因其投資失利機率極高，一般銀行基於自身經營風險考量，多不願提供融資，但因高報酬之產業特性，只有精準之投

⁸⁷ 袁明仁，大陸地區投資風險與權益保障，許光泰主編，前引註 55，頁 56-57，頁 60-61。

資家才願參與投資，但無可諱言的，仍須擔負相當之投資及經營風險。但風險投資之獨特作法可為風險性極高之高科技企業提供必要之資本，同時風險投資者經由此投資可獲得高於一般投資之收益，因而仍吸引許多台資企業家願投資此高風險高報酬之產業。

(二). 一般企業之投資領域分散，以追求利潤為其主要目的，而風險投資主要係以高科技企業為主，其投資主體為原始投資者與專業之風險投資家，先由風險投資家向原始投資者融資，再以其資金投向高科技企業，由於其風險大失敗率高之特性，因之必須具備較高之經營管理能力與該領域之專業知識，始能有較好之獲利，而又有資金又有經營才能之人缺乏，為解決此一困境，一般台資企業之風險投資者常將資本與經營能力加以結合，形成由風險投資家掌控資本，代理投資者進行投資之特殊經營方式。風險投資係一種權益資本，以公司之股權表現，不擁有多數股權，而對風險投資企業往往具有實質之控制權。風險企業一般由技術人員掌管，由於他們缺乏資金及管理經驗，風險投資者除了提供資金外，往往須提供管理經驗，而風險投資者一般不經由分派股息與紅利之方式獲取利潤，而係由企業上市與股權轉讓之方式套現股票獲利⁸⁸。

第五款 台資企業在大陸投資之法律保護

一、大陸引進外資對台資企業提供之保護措施⁸⁹

此即對台資企業經營方面權益的保護問題，依據大陸憲法第18條規定：「中華人民共和國允許外國之企業和其他經濟組織，或者個人依照中華人民共和國法律的規定在中國投資，同中國的企業或者其他經濟組織進行各種形式的經濟合作。在中國境內之外國企業和其他外國經濟組織以及中外合資經營之企業，都必須遵守中華人民共和國之法律，它們的合法權利和利益受中華人民共和國之保護。」，此為大陸對台資企業至大陸投資之最高位階保護之法律規範，基此於外資三法亦分別作了規定，例如「中外合資經營企業法」第2條第1項規定：「中國政府依法保護外國合營者按照經中國政府批准之協議、合同、章程在合營企業的投資、應分得的利潤和其他合法權益。」，「中

⁸⁸ 陳治東 趙運剛，論中國風險投資的法律制度，中國法學6期，2006年，頁93-94。

⁸⁹ 國際投資保護有三種途徑：一是投資者本國提供的外交保護及海外投資保險機制。二為投資東道國為吸引外資而提供之各種保護措施。三為經由國際投資條約的保護。

外合作經營企業法」第3條第1項規定：「國家依法保護合作企業和中外合作者的合法權益。」，外資企業法第4條第1項規定：「外國投資者在中國境內的投資、獲得利潤和其他合法權益，受中國法律保護。」。其他各別法規中，分別對台資企業之投資亦作相關法律之保護，例如：「城鎮國有土地使用權和轉讓暫行條例」允許台資企業得依法取得土地之使用權，從事土地開發經營，並可轉讓出租或抵押，其權益受法律保護；另「外商投資開發經營成片土地暫行管理辦法」第4條規定：外商開發企業受中國法律之管轄與保護。第5條規定：外商開發企業可依法取得開發區域的國有土地使用權，此處所謂外商開發企業當然包括台資企業在內⁹⁰。另依大陸外匯管理條例第14條規定：「個人因私用匯，在規定限額以內購匯，超過規定限額的個人因私用匯，應當向外匯管理機關提出申請，外匯管理機關認為其申請屬實的，可以購匯。個人攜帶外匯進出境，應當向海關辦理申報手續；攜帶外匯出境，超過規定限額的，還應當向海關出具有效憑證。」，第17條規定：「駐華機構和來華人員的合法人民幣收入，需要匯出境外的，可以持有關證明材料和憑證到外匯指定銀行兌付。」，此為在台商投資企業外匯平衡之條件下，依法納稅後之利潤和其他收入可向開戶銀行申請匯出之規定，以保護外資及台資企業者之利益。

二. 大陸對台資企業之國民待遇

國民待遇在目前國際貿易與國際投資活動中，已顯見其重要性，國民待遇有二種作用，一為提供非歧視性待遇，一為減少外資之不確定性與差別性。根據「中國入世工作報告書」，大陸政府允許給予外資（台資）國民待遇，即給與與內資企業相同之待遇，同時外（台）資亦可享受某些如所得稅方面之優惠待遇。而自1994年以後，大陸政府逐步取消對國有企業不利之優惠及取消對外（台）資所享有的扭曲市場之優惠待遇規定，如使內資企業與外資企業使用同一的增值、消費、業務經營與個人所得稅制之調整能夠統一，取消外國分支機構免收進口稅之優惠。

三. 大陸對台資企業投資糾紛之法律保護

⁹⁰ 董世忠主編，國際經濟法，復旦大學出版社，2005年12月1版，頁379。

台資企業在大陸發生之投資糾紛主要係指與大陸內資企業或地方政府之合資或合營爭議，一般而言，大陸法律皆有一定之法律救濟程序，以涉外案件之方式處理，台資企業除了依照大陸民商事法律向大陸之民商事法院提出訴訟外，尚可依大陸頒布之仲裁法提出商事仲裁，此為大陸對台資企業權益之具體法律保護⁹¹。

四. 台灣同胞投資保護法對台資企業之法律保護

自大陸改革開放政策確立，大力引進外資以來，台資企業紛紛前往大陸地區投資，形成一股投資熱潮，20餘年來方興未艾，而為維護台資企業之權益，以延續吸引外資之正面效應，雖大陸國務院於1988年7月3日公布「國務院關於鼓勵台灣同胞投資的規定」，唯該規定僅係行政命令，且僅係鼓勵台灣同胞投資之規定，欠缺對台資企業投資保護之明文，是以全國人民代表大會於1994年3月5日通過「中華人民共和國台灣同胞投資保護法」，據此國務院並於1999年12月5日以274號令發佈「中華人民共和國台灣同胞投資保護法實施細則」⁹²；

(一). 依該法第3條第1項規定：國家依法保護台灣同胞投資者的投資、投資收益和其他合法權益。且國家對台灣同胞投資者的投資不實行國有化和徵收；在特殊情況下，根據社會公共利益的需要，對台灣同胞投資者的投資可以依照法律程序實行徵收，並給予相應之補償(第4條)。台灣同胞投資者投資的財產、工業產權、投資收益和其他合法權益，可以依法轉讓和繼承(第5條)。台灣同胞投資者可以用可自由兌換貨幣、機器設備或者其他實物、工業產權、非專利技術等作為投資。台灣同胞投資者可以用投資獲得的收益進行再投資(第6條)。

(二)、依該法第7條第1項規定：「台灣同胞投資，可以舉辦合資經營企業、合作經營企業和全部資本由台灣同胞投資者投資的企業，也可以採用法律、行政法規規定的其他投資形式。」。台灣同胞投資企業依照法律，行政法規和經審批機關批准的合同、章程進行經營管理活動，其經營管理之自主權不受干涉(第9條)。在台灣同胞投

⁹¹ 董世忠主編，前引註90，頁380-382。林毓輝，國際經濟法講義，法律出版社，2004年8月1版，頁169。

⁹² 北京創天律師事務所編，前引註70，頁109-112。

資企業集中的地區，可以依法成立台灣同胞投資企業協會，其合法權益受法律保護（第 10 條）。台灣同胞投資者依法獲得的投資收益、其他合法收入和清算後的資金，可以依法匯回台灣或匯往境外（第 11 條）。台灣同胞投資企業依照國務院關於鼓勵台灣同胞投資的有關規定，享受優惠待遇（第 13 條）。台灣同胞投資者與其他省、自治區和直轄市的公司、企業、其他經濟組織或者個人之間發生的與投資有關的爭議、當事人可以通過協商或者調解解決。當事人不願協商、調解的，或者經協調、調解不成的，可以依據合同中的仲裁條款或者事後達成的書面仲裁協議，提交仲裁機構仲裁。當事人未在合同中訂立仲裁條款，事後又未達成書面仲裁協議的，可以向人民法院提起訴訟（第 14 條）。

（三）. 而依該法實施細則第 3 條之規定：「國家依法保護台灣同胞投資。台灣同胞投資者的投資、投資收益和其他合法權益受國家法律保護，任何機關、單位或者個人不得侵占、損害。」。而依該法第 8 條之規定：「台灣同胞投資，可以依法採用下列投資形式：2. 合作堪探開發自然資源。3. 開展補償貿易、加工裝配、合作生產。4. 購買企業的股票、債券。5. 購買房產。6. 取得土地使用權，開發經營。7. 購買國有小型企業或者集體企業、私營企業。8. 法律、行政法規允許的其他投資形式。」。而審批機關審批台灣同胞投資，應當提高辦事效率，減少管理層次，簡化審批程序，做到管理制度統一、公開、透明（第 12 條）。台灣同胞投資企業依照國家有關法律，行政法規的規定，享受稅收優惠待遇（第 13 條）。投資於大陸中西部地區台灣同胞投資項目，可以按照國家有關規定給予鼓勵或者適當放寬限制（第 14 條）。台灣同胞投資企業符合貸款原則的，可以按照國家有關規定給予必要信貸支持（第 15 條）。

（四）. 依該實施細則第 16 條之規定：「台灣同胞投資者個人及其隨行家屬和台灣同胞投資企業中的台灣同胞職工及其隨行家屬，可以依照國家有關法律、行政法規的規定，向公安機關申請辦理一定期限多次入出境手續和相應期限的暫住手續，依照國家有關法律、行政法規的規定辦理。」。台灣同胞投資者個人的子女和台灣同胞投資企業中的台灣同胞職工的子女，可以按照國家有關規定進入大陸的小學、

中學和高等學校接受教育。台灣同胞投資者或者台灣同胞投資企業協會在台灣同胞投資集中的地區，可以按照國家有關規定申請設立台灣同胞子女學校（第 17 條）。台灣同胞投資企業依照國家有關法律、行政法規和經審批機關批准的合同、章程，享有經營管理的自主權。台灣同胞投資企業經營管理的自主權受到國家法律保護，不受任何機關、單位或者個人的非法干預和侵犯（第 18 條）。台灣同胞投資企業在購買機器設備、原材料及輔料等物質以及獲得水、電、熱貨物運輸、勞務、廣告、通信等服務方面享有與大陸其他同類企業同等的待遇。台灣同胞投資者個人和台灣同胞投資企業中的台灣同胞投資職工在交通、通信、旅遊旅館住宿等方面，享有與大陸同胞同等的待遇（第 19 條）。國家機關對台灣同胞投資企業收費的項目與標準，應當與大陸其他同類企業相同，任何機關或者單位不得對台灣同胞投資企業另立收費項目或者提高收費標準。任何機關或者單位不得向台灣同胞投資企業推派人力、物力、財力，不得對台灣同胞投資企業進行法律、法規規定以外的檢查、罰款，不得違反國家規定強制或者變相強制台灣同胞投資企業參加各種培訓、評比、鑑定、考核等活動。台灣同胞投資企業對違反上述規定的行為，有權拒絕並向政府有關部門舉報，接受舉報政府部門應當依法作出處理，並為舉報人保密（第 23 條）。國家依法保護台灣同胞投資者個人及其隨行家屬和台灣同胞投資企業中的台灣同胞職工及其隨行家屬的人身自由與人身安全，除依照國家有關法律辦理的外，不得對台灣同胞採取限制人身自由的強制措施（第 25 條）。各級人民政府應當對台灣同胞投資提供優質、規範、方便的服務，各級人民政府台灣事務辦事機構應當做好台灣同胞投資的法律宣傳與諮商、投訴受理和糾紛解決等工作（第 27 條）。台灣同胞投資者、台灣同胞投資企業、台灣同胞投資企業協會認為行政機關或者行政機關工作人員的具體行政行為侵犯其合法權益的，可以依照國家有關法律、行政法規的規定，申請行政復議或提起行政訴訟（第 28 條）。

第六款 台資企業併購大陸企業之法律規範

一. 大陸併購市場的演進與發展

企業併購係企業追求成長之一種方式，於現代企業組織發達之

歐美各國尤其興盛，於亞洲各國如台灣僅係這數年來之一新鮮名詞，還尚在萌芽階段，而於大陸則自加入世界貿易組織成為最大之外商投資之引進國之後，併購事件正如火如荼之展開，成為亞洲之第三大併購市場，自 1998 至 2001 年，大陸之併購案共有 1700 餘件，金額為人民幣 66 億元，而在 2002 年共完成 155 件併購事件，價額為 119 億美元¹，自大陸有關鼓勵外資併購政策及法律之陸續頒布，使併購活動更趨活絡，已成為外資對大陸投資主要之一種方式。而大陸在股權分置改革以前，大股東之股權不能流通，收購活動無法在資本市場進行，而自 2005 年 4 月之股權分置改革以後，可以經由二級市場進行收購，而在持有一定股權之後可以進入董事會，使併購重組獲得安全之保障，而在 2006 年 1 月 1 日公司法與證券交易法修訂實施後，為併購提供良好之法律基礎，對外資併購採理性之態度與適當之管理，建立了良好之制度基礎。2006 年 9 月 1 日證監會修訂與實施「上市公司收購管理辦法」，明確規定了收購人可以證券作為支付手段收購上市公司。2006 年 9 月 8 日，商務部、證監會等六部委制定「關於外國投資者併購境內企業的規定」，對外資併購確立運作之制度與政府主管機關之審批標準，由於以上二法案之實施，使制度性障礙消除，為企業之併購創造了條件，將使以上市公司為目標之併購行為在未來將愈趨活躍，主要之原因係由於如股權分置制度之改進完善了併購的機制，促進產業結構調整，存優汰劣，流通股與非流通股定價統一後，使各種類之股票有一致之價值尺度，使原本扭曲之證券市場定價機制回復正軌，而制度性之障礙消除，為企業之併購重組創造了條件，更由於管理層對併購重組工作之支持，為企業併購重組提供了現實之基礎。

大陸經 20 多年來之改革開放，經濟與投資環境均發生極大之變化，隨著加入 WTO 與經濟之全球化，外國人在大陸之投資亦發生了結構性之變化，1995 年以前外商投資主要係以合資企業或購買產權之形態出現，以併購大陸境內企業進行投資之方式不多，但隨著法治之改革與對政經情勢之認識，外商對大陸之投資以併購形態為之者有愈

¹ 見美國波士頓顧問（Boston Consulting）公司之估計與普華永道（Price Water House Coopers）進行之調查報告。

來愈多之趨勢，而外資對大陸企業併購之歷使演進發展，主要可分為二部份分析，一為對上市公司之併購。二為對非上市國有企業之併購²：

(一). 對上市公司之併購

2003 年以前，大陸不許外資購買 A 股，因而外資只得以購買上市公司之非流通股資以併購上市公司，外資併購上市公司始於 1995 年 8 月 9 日發生之日本五十鈴自動車株式會社和伊藤忠商社協議購買大陸北旅公司未上市流通之國有法人股，此即著名之「北旅事件」³，由於該案造成國有資產之嚴重流失，而致大陸國務院辦公廳於 1995 年 9 月 23 日轉發國務院證券委「關於暫停將上市公司國家股和法人股轉讓給外商的請示的通知」，而停止外商併購大陸上市公司之舉動，直至 2003 年始重新開放。儘管如此，外商仍以地下管道方式併購上市公司，總括而言，外資併購大陸上市公司計分三個歷史階段，即萌芽期、發展期與相對成熟期，茲說明如下：

1. 萌芽期

自 1995 年至 1998 年為萌芽期，主要始於日商入主大陸北旅公司，但因該事件之負面影響，而致大陸國務院暫停外資併購之舉動，直至 2003 年始恢復開放，此期間由於沒有相當之法律規範，外資併購並無法律依循。而進行併購之產業主要集中於第二產業之加工製造業、高新技術產業，主要係由於大陸當局以往對外資併購高新技術產業及第三產業限制較多⁴，故第三產業併購之比率較低，而對第一、第二產業之限制較少，為與國際趨勢接軌，近來對第三產業之併購已對外資大幅開放，故第三產業併購之案件有增多之現象。且大多為跨國大型股份有限公司，另特點之一為積極創新併購模式，如本五十鈴自動車株式會社和伊藤忠商事株式會社入股北旅時採取股份協議轉讓模式，而美國福特汽車公司對江鈴汽車之併購則採取定向增發 B 股模式。

² 張遠忠、劉家豪，台資併購大陸企業指南，創見文化，2006 年初版，頁 41-46。

³ 即上開二公司協議購買北旅公司未上市流通之國有法人股 4,002 萬股，共占北旅總股本 25%，成為北旅最大股東，同時該二公司宣稱，8 年內不會將所持股份向大陸境內法人或個人轉讓，但由於北旅公司業績一再虧損，而該二公司並未履行承諾於 8 年內不再轉讓持股，引起市場之強烈震撼，其原因為北旅公司在轉讓資產之過程，低估國有資產之價值，而致國有資產之嚴重流失，此投機式之併購行為，使大陸當局得到教訓與警惕，而發布通知暫停向外資轉讓上市公司國有股和國有法人股。

⁴ 第一產業指農林漁牧與種植業，第二產業指一切生產事業，第三產業指第一、第二產業以外之其他產業，如電信、金融證券、商業、公用事業等。

2. 發展期

自 1998 年至 2001 年為發展期，在 2000 年 12 月 6 日與 7 日，法國之達能（Donone）公司公布收購上海梅林正廣和飲用水有限公司 50% 之股份與正廣和網上購物公司 10% 之股份，為此期間典型之併購案件，而使達能公司成為中國內地桶裝水市佔率第一之廠商。此期間併購之範圍由汽車業逐件擴及電子製造、玻璃、橡膠及食品等行業。且外資併購內地企業均以間接控股模式為之。且開始以控制核心資產或購買資產之模式進行，並由投機性併購轉為實質性併購，而以併購國有企業作為擴大市場占有率之手段。

3. 成熟期

自 2001 年至今為成熟期，主要典型之併購案例為阿爾卡特收購上海貝爾，香港格林科爾收購科龍電器⁵，美國新橋投資公司（New Bridge Capital Limited）購買深發展銀行之股權，美國 Anheuser-Busch 公司以購買定向發行之可轉換公司債併購青島啤酒。此期間外資併購之主要特點係大陸政府提高對其重視度，逐步完善其立法，共頒布 11 部有關法律資以規範。

（二）. 對非上市國有企業之併購

外資併購非上市國有企業始於 1990 年初，典型之案例為中策公司（為印尼 Sina Mas 集團在香港設立之上市公司）以 33 億人民幣與下列公司成立中外合資企業，均由中策公司各別入股 51% 以上，包括太原橡膠廠、杭州橡膠總廠、杭州啤酒廠、杭州電纜廠、杭州低壓電器總廠、泉州市 40 家國有企業、大連輕工系統由 101 家國有企業組成 35 家中外合資企業，其後中策以控股方式成立於百慕達境外公司註冊之大陸輪胎公司（由太原與杭州二輪胎廠合併），後於 1993 年 7 月於美國上市，將募得之資金再入股大陸其他公司，以此方式進行併購活動。

由於該時期併購之法律制度不健全，導致如中策公司等僅需以少量之資金即可併購國有企業，由於只進行名義上之併購，資金往往不立即到位，由於外資已實際掌控國有企業，並從中獲得鉅利，但並未

⁵ 2001 年大陸資訊產業部與阿爾卡特公司簽署「上海貝爾公司股權調整備忘錄」，成立合資外資控股企業「上海貝爾阿爾卡特公司」，而致阿爾卡特之股份增為 51%，成為對電信事業對外資持股之一例外，並間接控制大陸內地之另一上市公司，可在資本市場上市。順德市容桂鎮政府（即廣東科龍電器股份有限公司之法人股東）計轉讓 204,475 萬股之國有法人股份予香港格林科爾公司，價款 5.6 億人民幣，而致該公司成為持有科龍電器公司 20.6% 股權之最大股東。

改善國有企業經營體質，提升經營績效之目的，反使國有資產大量流失，形成「假併購，真投機」之現象，為遏止此種弊端，其後乃規定必須資金於一定期間到位，否則外資企業不許實際參與經營活動。由於外資併購非上市國有企業之條件較上市國有企業寬鬆，手續簡化，因之案例成長快速，典型案例如美國柯達公司併購內地感光企業，法飲料商併購娃哈哈，且外資之觸角已延伸至啤酒、化妝品及飲料業等。甚至原管制嚴格之事業如交通水利、能源、醫療等亦開放外資併購⁶，「只求所在，不求所有」，成為各地政府處理併購案件之準則。而自 16 大政策上決定實施國有企業策略性退出機制，建立新的國有資產管理體制後，大力推動國有企業之改革，原來許多壟斷事業如民航、金融、電信、汽車亦開始開放准許外資投資，促使外資更積極地從事併購活動。而外資併購大陸國有企業，一般以股權併購與資產併購之方式為之，但其缺點係股權併購若原來股東不願出售股份，則無法達成併購之目的，因而外資乃以增資控股之方式為之⁷，雖國有企業並無企圖被其併購，但在此模式下，最後還是被迫讓出控制權。

二. 台資企業併購大陸企業之法律環境

在探討台資企業併購大陸企業之法律環境之前，有必要就我國台灣目前併購之法律制度作一比較研究，以窺其全貌，茲說明如下：

(一). 我國台灣目前有關併購之法律制度

併購牽涉之法律甚廣，有企業併購法、公司法、證券交易法、公平交易法、勞動基準法、促進產業升級條例、稅法及環境保護法等，無法逐一詳細列述，茲僅就重要者如企業併購法、公司法、證券交易法、公平交易法等簡略敘述如下⁸：

1. 企業併購法

我國在企業併購法公佈施行前，即有企業併購之個案在進行，此期間從事併購之主要依據散見公司法、證券交易法等法律，由於未有完整體系，缺漏之處甚多，並無法完整規範併購之活動。有鑑於此，

⁶ 為完善外資併購之法制，自 2002 年以後，大陸當局陸續公布施行了許多法律，如新頒「指導外商投資方向規定」、「外商投資產業指導目錄」、「利用外資改組國有企業暫行規定」和「外國投資者併購境內企業暫行規定」，使外資之併購制度步上正軌，也為內地企業引進外資奠定了良好之規範基礎。

⁷ 增資控股之方式係先由外資與中資合資經營，初期由中資控股，由於未至生產規模，中資必須投入人力物力經營，及至經營一段期間，公司已有獲利時，外資主張增資，但由於中資已無實力認股，外資此時則全數認購成為控股股東，再進一步將中資逐出公司，以完全掌控公司。

⁸ 劉紹樑、葉秋英、蘇鴻霞，企業併購與金融改組，台灣金融研訓院，2002 年 10 月初版，頁 31-48。

另為鼓勵企業進行併購，調整企業組織以提昇經營績效，排除企業進行併購之法律障礙，解決產業經濟轉型所面臨之困境，乃經立法院制定於2002年2月6日公布施行本法，並於2004年5月5日修正，企業併購法係針對企業併購所制定之特別法，因此有關公司之併購，應優先適用企業併購法之規定，必企業併購法未規定者，始適用上開公司法、證券交易法等之規定，茲將其要點述之於下⁹：

(1). 公司之併購，依企業併購法之規定，企業併購法未規定者，依公司法、證券交易法、促進產業升級條例、公平交易法、勞動基準法、外國人投資條例及其他法律之規定。金融機構之併購，依金融機構合併法及金融控股公司法之規定，該二法未規定者，依企業併購法之規定（第二條）。

(2). 所謂併購係指公司之「合併」、「收購」及分割（第4條）。

「合併」指參與之公司全部消滅，由新成立之公司概括承受消滅公司之全部權利義務；或參與之其中一公司存續，由存續公司概括承受消滅公司之全部權利義務，並以存續或新設公司之股份、或其他公司之股份、現金或其他財產作為對價之行為。

「收購」指公司取得他公司之股份、營業或財產，並以股份、現金或其他財產作為對價之行為。

「分割」指公司將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設之他公司，作為既存公司或新設公司發行新股予該公司或該公司股東對價之行為。

(3). 規定董事會之責任及獨立專家意見之揭露

本法第5條第1項規定公司為併購決議時，董事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。所謂全體股東之最大利益，即明白指出多數股東或特定股東之利益並不等於全體股東或公司之利益，故本法特別強調董事之忠實執行義務須綜合考量「全體股東之最大利益」，而非大股東或特定股東之利益。公司董事會違反法令、章程或股東會決議處理併購事宜，致公司受有損害時，參與決議之董事，對公司應負賠償之責（同條第2項前段），此為

⁹ 黃偉峯，企業併購法，元照出版有限公司，2007年10月初版，頁21以下。

規範董事會之責任。

本法第6條第1項前段規定公開發行股票之公司於召開董事會決議併購事項前，應委請獨立專家就換股比例或配發股東之現金或其他財產之合理性表示意見，並分別提報董事會及股東會。以補董事會能力之不足。如於公司分割案件，為分割後受讓營業或財產之既存公司或新設公司發行新股之價格及所受讓營業或財產價值之合理性（同法第6條第2項），此為獨立專家意見揭露之規定，發生之疑義為依本法第6條第1項之規定，獨立專家所應表示者僅限於「換股比例或配發股東之現金或其他財產之合理性」，並未將營業讓與對價之合理性列入，因之從文義解釋之觀點，如讓與公司為公開發行股票之公司時，公司似不必依本法第6條之規定，委請獨立專家就營業讓與對價之合理性表示意見，並分別提報董事會及股東會，因之學者認為觀諸企業併購法第6條之規範目的，在於確保企業併購對價之合理性，因此應認為該條未將營業讓與對價之合理性明文列入，係屬法律漏洞，應類推適用企業併購法第6條規定補充之¹⁰。

(4). 放寬公司法因併購而發行之新股不受原股東及員工優先承購權之限制

本法第8條規定，公司因為進行分割或股份轉換而發行新股時，或因為被收購或併購他人而發行新股時，可以不用保留新股給原股東及員工優先承購，亦無庸提撥一定比率對外公開發行。而所發行之股份，亦可用現金或其他財產作為併購出資之對價。此放寬了公司法及證交法對發行新股之限制，有助促進投資併購活動。

(5). 約定表決權行使之方式或成立表決權信託

本法第10條規定公司進行併購時，股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式及相關事宜。且股東得將其所持有股票移轉予信託公司或兼營信託業務之金融機構，成立股東表決權信託，並由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。

(6). 股東得以契約限制股份轉讓或股票設質

本法第11條規定公司進行併購時，股東得以書面契約或公司與股東間之契約，對股票之轉讓與設質加以限制。且公司亦得以章程限

¹⁰ 王志誠，企業組織再造法制，元照出版有限公司，2005年11月初版，頁19。

制股票之轉讓與設質，此對穩定公司之經營有其效用。

(7). 異議股東得行使股份收買請求權

本法第 12 條規定公司進行併購時，若股東對公司以章程限制股份之轉讓或出質，或股東對公司之收購或分割，或消滅公司之股東對合併有異議時，異議股東得在股東會前以書面表示異議，或在股東會中以口頭表示異議經紀錄並放棄表決權時，得請求公司按當時公平價格收買其持有之股份。

(8). 創設臨時管理人制度

本法第 14 條規定公司於併購時，董事會有不能行使職權之虞，得經股東會決議選任臨時管理人，於董事會不能行使職權時，代行董事長、董事會之職權。

(9). 勞退準備金應隨併購留任員工而移撥

本法第 15 條規定公司進行合併時，消滅公司提撥之勞工退休準備金，於支付未留用或不同意留用勞工之退休金後，餘款應自公司勞工退休準備金監督委員會專戶移轉至合併後存續公司或新設公司之勞工退休準備金監督委員會專戶中，避免退休準備金因無法移轉，以致合併後存續公司須另行提撥而增加公司合併之成本。而公司進行收購財產或分割而移轉全部或一部營業者，讓與公司或被分割公司提撥之勞工退休準備金，於支付未留用或不同意留用勞工之退休金及資遣費後之所餘款項，應按隨同該營業或財產一併移轉勞工之比例，移轉至受讓公司之勞工退休準備金監督委員會專戶中。在移轉退休準備金前，消滅公司、讓與公司或被分割公司應提撥之退休準備金應達到勞工法令規定申請暫停提撥之數額。

(10). 創設「非對稱式合併」與簡易合併

企併法第 20 條規定，股份有限公司相互間合併，或股份有限公司與有限公司合併者，存續或新設公司以股份有限公司為限。對合併形態之限制大幅放寬。第 21 條規定本國公司得與外國公司合併。並於第 18 條第 6 項創設「非對稱式合併」，而合併契約得不需經存續公司股東會決議，僅需經董事會以三分之二以上董事出席及出席董事過半數決議行之。至於母公司合併其持有百分之九十以上股份之子公司，即所謂「簡易合併」(第 19 條)，僅須經各公司董事會以三分之二

董事之出席及出席董事過半數之決議，無須經股東會之決議。而子公司董事會須於合併決議作成後 10 日內，公告決議內容及合併契約應記載事項，並通知子公司股東在至少 30 日內，以書面提出異議，請求公司按當時公平價格收買其股份。

(11). 放寬債權讓與及債務承擔之規定

公司收購資產及概括讓與時，對債權讓與之通知可以以公告之方式為之，不適用民法第 297 條有關債權讓與之通知及第 301 條債權人承認債務承擔之規定，對債務承擔可以無須經債務人之承認。

(12). 創設股份轉換法制

企併法第 4 條第 5 款、第 12 條第 1 項第 5 款及第 19 條規定股份轉換之制度，將未提出異議的股東所持有的股份，概括轉讓給預定成為母公司的另一既存公司或新設公司，並將轉讓之股份作為現物出資，繳足原公司股東承購預定成為母公司者所發行的股份的股款。

(13). 創設公司分割制度

企併法第 32 條、33 條新創公司分割制度，指公司藉由分割程序以調整其業務經營與組織規模，即公司將其經濟上成為一體之營業部門之財產，作為既存公司或新設公司之現物出資以取得該既存公司或新設公司發行新股之行為，並由他公司概括承受該營業部門之資產與負債。公司分割得以適度縮小公司規模，並利用特定部門之分離獨立，以求企業經營之專業化與效率化，對於公司之組織調整有所助益¹¹。

(14). 規範不同型式併購案之租稅與會計措施，以鼓勵企業進行併購

企併法對於合併、分割及一定類型之收購亦提供適當租稅與會計措施，以避免以往稅法多將併購行為視為一般買賣交易行為而予以課稅，進而影響企業進行併購意願。例如公司因併購而移轉資產或股份所發生之印花稅、證券交易稅及契稅一律免徵，准予記存土地增值稅，因併購而移轉貨物或勞務，不屬於營業稅之課徵範圍，商譽可以在 15 年內平均攤銷，併購費用可以在 10 年內平均攤提，因併購產生之所得稅之徵免與緩課等。

1. 公司法

¹¹ 參照民國 90 年公司法第 317 條之修正理由。

企業併購之規範，主要係由公司法母法所規定，隨著金融控股公司法、金融機構合併法與企業併購法所謂併購三法之頒布，公司法亦配合修正，茲將其與其有關企業併購之規定述之於下：

(1). 公司法第 128 條第 3 項前段規定政府或法人均得為發起人，而公司法第 128 條之 1 第 1 項前段規定，政府或法人股東一人所組織之股份有限公司，不受前條第 1 項應有二人以上為發起人之限制，此為公司法容許一人法人股東之規定。

(2). 公司法第 156 條第 6 項規定，公司設立後得發行新股作為受讓他公司股份之對價，需經董事會三分之二以上董事之出席，以出席董事過半數決議行之，不受第 267 條第 1 項（應保留發行新股總數百分之十至十五之股份由公司員工承購）至第 3 項（應公告及通知原有股東，按照原有股份比例儘先分認）之限制，此為引進股份轉讓制度，以與企業併購法之規定相一致。

(3). 公司法第 167 條第 1 項規定，公司除依第 158 條（公司發行之特別股，得以盈餘或發行新股所得之股款收回之）、第 167 條之 1（公司除法律另有規定外，得經董事會以董事三分之二以上之出席及出席董事過半數同意之決議，於不超過該公司已發行股份總數百分之五範圍內，收買其股份）、第 186 條（股東於股東會為 185 條決議前，已以書面通知公司反對該項行為之意思表示，並於股東會已為反對者，得請求公司以當時公平價格，收買其所有之股份）及第 317 條規定外（公司分割或與他公司合併時，董事會應就分割、合併有關事項，作成分割計劃、合併契約，提出於股東會；股東在集會前或集會中，以書面表示異議，或以口頭表示異議經紀錄者，得放棄表決權，而請求公司按當時公平價格，收買其股份），不得自將股份收回、收買或收為質物。因之當企業將被敵意併購時，若能買回自己公司股票，則能減少併購一方之持股，而能達到防止被併購或控股之情形，此為庫藏股制度，我公司法並無規定，而規範於證券交易法第 28 條之 2，依據該規定上市上櫃公司，有下列情形之一者（即一、轉讓股份予員工。二、配合附認股權公司債、附認股權特別股、可轉換公司債、可轉換特別股或認股權憑證之發行，作為股權轉換之用。三、為維護公司信用及股東權益所必要而買回，並辦理銷除股份者。），得經董事會三分之

二以上董事之出席及出席董事超過二分之一之同意，於有價證券集中交易市場或證券商營業處所或依第 43 條之 1 第 2 項規定買回其股份。

(4). 引進公司分割制度

甲. 公司法第 24 條規定，解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算。是以公司分割無須進行清算程序。

乙. 公司法第 163 條第 2 項後段但書規定，公司分割時新設公司發起人之股份得轉讓。

丙. 公司法第 317 條第 1 項前段規定，公司分割時，董事會應就分割有關事項，作成分割計劃，提出於股東會。股東會對於公司分割之決議，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。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之（316 條 1.2 項）。第 317 條第 2 項規定，公司分割時，若他公司係一新設公司，被分割公司之股東會視為他公司之發起人會議，得同時選舉新設公司之董事及監察人。

丁. 股份有限公司之分割，其存續公司或新設公司以股份有限公司為限(316 條之 1)。

戊. 分割後受讓營業之既存公司或新設公司，應就分割前公司所負債務於其受讓營業之出資範圍負連帶清償責任(319 條之 1 前段)。

3. 證券交易法

欲併購股票上市公司時，依不同之收購方式，須進行一定之程序¹²：

(1). 透過集中、店頭市場收購

證券交易法第 34 條之 1 規定任何人單獨或與他人共同取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應於取得後十日內，向主管機關申報其取得之目的、資金來源及主管機關所規定應行申報之事項；申報事項如有變動時，並隨時補正之。

(2). 私下收購

證券交易法第 43 條第之 1 第 2 項規定不經由有價證券集中交易

¹² 伍忠賢，企業購併聖經，遠流出版事業股份有限公司，2003 年 3 月初版，頁 107-108。

市場或證券商營業處所，對非特定人為公開收購公開發行公司之有價證券者，除例外情形應先向主管機關申報並公告後始得為之。

(3). 委託書收購

應遵照「公開發行公司出席股東會使用委託書規則」辦理。

(4). 重大訊息揭露

依證券交易法第 36 條第 2 項規定，已依本法發行有價證券之公司發生對股東權益或證券價格有重大影響之事項，應於事實發生之日起二日內公告並向主管機關申報，因之不論公開市場或私下收購，均應依上開規定作重大訊息揭露。另外為配合企併法之制定，證交法亦作如下修正¹³：

(1). 規定私募制度

所謂私募，依證券交易法第 7 條第 2 項規定，係謂已依本法發行股票之公司依第 43 條之 6 第 1 項及第 2 項規定，對特定人招募有價證券之行為。有價證券之募集、發行、私募或買賣不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為（第 20 條第 1 項）。已依本法發行股票公司之董事、監察人、經理人或持有公司股份超過股份總額百分之十之股東，其股票之轉讓，於向主管機關申報之日起 3 日內，向符合主管機關所定條件之特定人為之（第 22 條之 2 第 3 項）。引進私募制度，並配合修訂有關民、刑事責任之規定，載明股東召集事由，規定資訊揭露、轉讓限制等規定（第 43 條之 6 至第 43 條之 8、第 175 條、第 177 條至 178 條）。

(2). 修正公開收購股份制度，由核准制改為申報制，如證券交易法第 43 條之 1 第 1 項規定，任何人單獨或與他人共同取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應於取得後 10 日內，向主管機關申報其取得股份之目的、資金來源及主管機關所規定應行申報之事項。並引進強制收購規定，如本法第 43 條之 1 第 3 項規定，任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。

4. 公平交易法

事業若與他事業合併者，即為公平交易法第 6 條所規範之結合

¹³ 劉紹樑、葉秋英、蘇鴻霞，前引註 100，頁 43。

，而事業之結合，有公平交易法第 11 條之事業因結合而使其市場占有率達三分之一或參與結合之事業，其上一年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額者、或持有或取得他事業之股份或出資額，達到他事業有表決權股份或資本總額三分之一以上者，須向中央主管機關之公平交易委員會申報。而對關係企業內部改組之行為，則不適用結合之有關定義亦即勿庸申報，以簡化程序（第 11 條之 1）。而為配合企併法之制定，公平交易法將結合申請之核准制修正為申報異議制，並授權中央主管機關對於 11 條第 4 項申報案件所為之決定，得附加條件或負擔，違反附加條件或負擔者，中央主管機關得禁止其結合、限其命其分設事業、處分全部或部分股份、轉讓部份營業、免除擔任職務或為其他必要之處分（第 12 條第 2 項，第 13 條第 1 項）。

（二）. 台資企業併購大陸企業之法律制度

1. 由於企業併購在大陸起步較晚，大陸目前並未有一部完整之企業併購法，企業併購之法制尚在逐步建立之中，大陸併購思潮之風起雲湧最主要是針對國有企業之體制改革，為了解決國有資產進入競爭領域過多，重複建設，以及企業效率低落等問題，大陸政府對國有經濟進行了調整之策略，以建立國有資產之退出機制。除了關於國民經濟命脈與國計民生等關鍵行業和重要天然資源外，對於一般競爭性行業，經由企業出售、拍賣、產權轉讓、股權轉讓、破產關閉及將上市國有企業股份轉讓與外資等方式，進行調整和優化國有企業經濟佈局，以改善國家經濟結構。基於此策略思維，因而對外資併購採取了積極鼓勵之態度，陸續制定頒布了許多外資併購之法律¹⁴，對台資企業之併購亦當然適用，其法律制度之體系頗為零亂，尚未建立一套完整之架構，主要分為二個層次¹⁵：

（1）. 第一層次為全國人大制定之法律，主要有《中華人民共和國公司法》、《中華人民共和國證券法》、《中華人民共和國合同法》、《中華人民共和國勞動合同法》、《中華人民共和國合同法》、《反不正當競爭法》及有關稅法等。以上所舉法律對台資企業併購大陸企

¹⁴ 張遠忠、劉家豪，前引註 94，頁 86。

¹⁵ 全球併購研究中心，中國併購報告，人民郵電出版社，2007 年 5 月 1 版，頁 515。

業僅為原則性與基本性之規範。

(2). 第二層次為國務院及其部門制定之法規，主要有《外商投資企業者股權變更的若干規定》、《關於外商投資企業者合併與分立之規定》、《股票發行與交易管理暫行條例》、《關於企業兼併之暫行辦法》、《關於出售國有小型企業產權的暫行辦法》、《企業國有資產監督管理暫行條例》、《國有資產評估管理辦法》、《城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例》、《關於加強國有企業產權交易管理的通知》、《股份有限公司國有股權管理暫行辦法》、《關於股份有限公司境內上市外資股的規定》、《關於向外資轉讓上市公司國有股、法人股的暫行辦法》、《合格境外投資者境內證券投資管理暫行辦法》、《外國投資者併購境內企業的暫行規定》、《關於國有企業利用外資進行資產重組的暫行規定》、《利用外資改組國有企業的辦法》。

而自 2002 年以後，大陸政府對外資併購之態度更加積極，加強立法之速度，於 2005 年施行新《外商投資方向》和《外商投資產業指導目錄》將外商投資之範圍擴大，並頒布施行《關於向外商轉讓上市公司國有股和法人股有關問題之通知》、《上市公司收購管理辦法》、《外資參股證券公司管理辦法》、《利用外資改組國有企業暫行規定》、《關於加強外商投資企業審批、登記、外匯及稅收管理有關規定》、《外國投資者併購境內企業暫行辦法》而始初步形成法律體系，而致大陸之企業併購有較為具體之法律規定。

2. 茲將大陸公司法、證券法及上市公司收購管理辦法、關於外國投資者併購境內企業的暫行規定有關併購之主要條文規定述之於下

16 :

(1). 大陸《公司法》有關併購之主要規定

〔第十五條〕 公司可以向其他企業投資，但是，除法律另有規定外，不得成為對所投資企業債務承擔連帶責任的出資人。本條是關於公司對外投資責任限制之規定，主要是考量公司對外投資之風險，若允許對所投資之公司承擔無限責任，一旦投資失敗，將導致承擔無限連帶責任，而損害股東與債權人之利益。

〔第十六條〕 公司向其他企業投資或者為他人提供擔保，依照

¹⁶ 全球併購研究中心，前引註 107，頁 515-522，527-542。

公司章程之規定，由董事會或者股東會、股東大會決議；公司章程對投資或者擔保的總額及單項投資或者擔保之數額有限額規定者，不得超過規定的限額。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之表決，該項表決由出席會議之其他股東所持表決權的過半數通過。本條是關於公司對外投資及其擔保應遵守的程序規定，蓋以公司向其他企業投資或提供擔保，是重大投資行為，應由公司機關做出決議。

〔第二十七條〕 股東可以用貨幣出資，也可以用實物、知識產權、土地使用權等可以用貨幣估價並可以依法轉讓的非貨幣財產作價出資；但是，法律、行政法規規定不得作為出資的財產除外。對作為出資的非貨幣財產應當評估作價，核實財產，不得高估或者低估作價。法律、行政法規對評估作價有規定的，從其規定。全體股東的貨幣出資金額不得低於有限責任公司註冊資本的百分之三十。本條是關於有限責任公司股東出資方式和出資作價及貨幣出資金額在註冊資本中所占比例之規定。對非貨幣出資之價值評估是本條之重點，亦為在併購中對目標公司註冊資本之審核重點。

〔第六十七條〕 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權。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份職權，決定公司的重大事項，但公司的合併、分立、解散、增加或者減少註冊資本和發行公司債券，必須由國有資產監督管理機構決定；其中，重要的國有獨資公司合併、分立、解散、申請破產的，應當由國有資產監督管理機構審核後，報本級人民政府批准。本條是關於國有獨資公司關於重大事項審批程序之規定。為防止國有資產的流失，故規定了重大事項之審批權由國有資產監督管理單位審核，但同時給予經營管理機構部份處置資產之權利。

〔第七十二條〕 有限責任公司的股東之間可以相互轉讓其全部或者部份股權。股東向股東以外的人轉讓股權，應當經其他股東過半數同意。股東應就其股權轉讓事項書面通知其他股東徵求同意，其他股東自接到書面通知之日起滿三十日未答復的，視為同意轉讓。其他股東半數以上不同意轉讓的，不同意的股東應當購買該轉讓的股權；

不購買的，視為同意轉讓。經股東同意轉讓的股權，在同等條件下，其他股東有優先購買權。兩個以上股東主張行使優先購買權的，協商確定各自的購買比例，協商不成的，按照轉讓時各自的出資比例行使優先購買權。公司章程對股權轉讓比例另有規定的，從其規定。本條是關於有限責任公司股東股權轉讓程序之規定。其宗旨就是為了維護利益的平衡，原則上引導股權轉讓首先在股東之間進行，對股東以外之人轉讓股權設置了較為嚴格之條件，並確認了公司其他股東的優先購買權，同時又賦予了章程可以另外規定的權利，以體現股東自治的精神。

〔第七十五條〕 有下列情形之一者，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。(一)公司連續五年不向股東分配利潤，而公司該五年連續盈利，並且符合本法規定的分配利潤條件的。(二)公司合併、分立、轉讓主要財產的。(三)公司章程規定的營業期限屆滿或者章程規定的其他解散事由出現，股東會會議通過決議修改章程使公司存續的。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。本條是在“資本多數決原則”的情況下，賦予中小股東或少數股東維護自身權益的救濟措施的制度設計。

〔第一百零五條〕 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。本條是股份有限公司股東大會對公司重大經營事項進行表決之規定。

〔第一百三十八條〕 股東持有之股份可以依法轉讓。

〔第一百七十三條〕 公司合併可以採取吸收合併或者新設合併。

〔第一百七十四條〕 公司合併，應當由合併各方簽訂合併協議，並編製資產負債表及財產清單。公司應當自作出合併決議之日起十日內通知債權人，並於三十日內在報紙上公告。債權人自接到通知書之日起三十日內，未接到通知書的自公告之日起四十五日內，可以要求公司清償債務或者提供相應的擔保。

〔第一百七十五條〕 公司合併時，合併各方的債權、債務，應

當由合併後存續的公司或者新設的公司承繼。

(2). 大陸《證券法》有關併購之主要規定

〔第八十三條〕 國有企業和國有資產控股的企業買賣上市交易的股票，必須遵守國家有關規定。以上專門規定有中國證監會 1999 年 7 月《關於進一步完善股票發行方式的通知》和 9 月《關於法人配售股票有關問題的通知》，規定國有企業、國有控股公司和上市公司參與股票配售和二級市場上的股票交易。

〔第八十五條〕 投資者可以採取要約收購、協議收購及其他合法方式收購上市公司。上市公司收購是指投資者公開收購已經依法上市交易的股份有限公司的股份，以獲取或者鞏固對該股份有限公司的控股權之行為。

〔第八十六條〕 通過證券交易所的證券交易，投資者持有或者通過協議、其他安排與他人共同持有一個上市公司已發行的股份達到百分之五時，應當在該事實發生之日起三日內，向國務院證券監督管理機構、證券交易所作出書面報告，通知該上市公司，並予公告；在上述期限內，不得再行買賣該上市公司的股票。投資者持有或者通過協議、其他安排與他人共同持有一個上市公司已發行的股份達到百分之五後，其所持該上市公司已發行的股份比例每增加或者減少百分之五，應當依照該款規定進行報告和公告。在報告期限內和作出報告、公告後二日內，不得再行買賣該上市公司股票。

〔第八十八條〕 通過證券交易所的證券交易，投資者持有或者通過協議、其他安排與他人共同持有一個上市公司已發行的股份達到百分之三十時，繼續進行收購的，應當依法向該上市公司所有股東發出收購上市公司全部或者部份股份的要約。收購上市公司部份股份的收購要約應當約定，被收購公司股東承諾出售的股份數額超過預定的股份數額的，收購人按比例進行收購。本條係強制投資者發出收購要約的規定。

〔第九十條〕 收購人在依照前條規應報送上市公司收購報告書之日起十五日後，公告其收購要約。在上述期限內，國務院證券監督管理機構發現上市公司收購報告書不符合法律、行政法規規定的，應當及時告知收購人，收購人不得公告其收購要約。收購要約約定的收

購期限不得少於三十日，並不得超過六十日。本條係公告收購要約與收購期限之規定。

〔第九十三條〕 採取要約收購方式的，收購人在收購期限內，不得賣出被收購公司的股票，也不得採取要約規定以外的形式和超出要約的條件買入被收購公司的股票。本條是關於出售公司股票之規定。

〔第九十四條〕 採取協議收購方式的，收購人可以依照法律、行政法規之規定同被收購公司的股東以協議方式進行股份轉讓。以協議方式收購上市公司時，達成協議後，收購人必須在三日內將該收購協議向國務院證券監督管理機構及證券交易所作出書面報告，並予公告。在公告前不得履行收購協議。

〔第九十八條〕 在上市公司收購中，收購人持有的被收購的上市公司股票，在收購行為完成後的十二個月內不得轉讓。蓋以有些機構或者個人，因操縱上市公司股票之市場行情等目的，在短期間內買進或賣出股票，以收購掩飾其非法行為，因之法律規定不許轉讓時間為12個月。

〔第一百零一條〕 收購上市公司中由國家授權投資的機構持有的股份，應當按照國務院的規定，經有關主管部門批准。國務院證券監督管理機構應當依照本法之原則制定上市公司收購之具體辦法。

(3). 大陸《上市公司收購管理辦法》之主要規定

依本辦法第一條規定，為規範上市公司收購活動，促進證券市場之優化配置，保護投資者的合法權益，維護證券市場之正常秩序，根據《公司法》、《證券法》及其他法律和相關行政法規，中國證券監督管理委員會於2002年9月28日制定公布本辦法。

本辦法所稱上市公司收購，是指收購人通過在證券交易所之股份轉讓活動持有一個上市公司之股份達到一定比例、通過證券交易所股份轉讓活動以外的其他合法途徑控制一個上市公司之股份達到一定程度，導致其獲得或可能獲得對該公司實際控制權之行為（第二條）。而收購人可以通過協議收購、要約收購或者證券交易所之集中競價交易方式進行上市公司收購，獲得對一個上市公司之實際控制權（第三條）。上市公司收購活動應當遵循公開、公平、公正之原則，相關當事人應當誠實守信，自覺維護證券市場秩序（第四條）。上市公司收

購活動相關當事人所報告、公告的信息，必須真實、準確、完整，不得有虛假記載、誤導性陳述或者重大遺漏。任何人不得利用上市公司收購散布虛假消息，擾亂市場秩序或者進行其他詐欺活動(第五條)。

第七條第一項規定收購人不得利用上市公司收購損害被收購公司及其股東的合法權益。且為強化收購人之資力，以免產生收購弊端，於第二項規定禁止不具備實際履約能力的收購人進行上市公司收購，被收購公司不得向收購人提供任何形式的財務資助。另中國證券監督管理委員會依法對上市公司收購活動實行監督管理。證券交易所和證券登記結算機構根據中國證監會賦予之職責及其業務規則，對上市公司收購活動實行日常監督管理(第十條)。

自第十二條至第二十二條規定協議收購規則，其主要內容為：以協議收購方式進行上市公司收購的，收購人應當在達成收購協議的次日向中國證監會報送上市公司收購報告書，同時抄送上市公司所在地的中國證監會派出機構，抄送證券交易所，通知被收購公司，並對上市公司收購報告書摘要做出提示性報告。中國證監會在收到上市公司收購報告書後十五日內未提出異議的，收購人可以公告上市公司收購報告書，履行收購協議(第十二條)。以協議收購方式進行上市公司收購，收購人所持有、控制一個上市公司的股份達到該公司已發行股份百分之三十時，繼續增持股份或增加控制的，應當以要約收購方式向該公司的所有股東發出收購其所持有的全部股份的要約；符合本辦法第四章規定情形的，收購人可以向中國證監會申請豁免；獲得豁免的，可以以協議收購方式進行(第十三條)。被收購公司收到收購人的通知後，其董事會應當及時就收購可能對公司產生的影響發表意見，獨立董事在參與形成董事會意見的同時還應當單獨發表意見。被收購公司董事會認為有必要的，可以為公司聘請獨立財務顧問等專業機構提供諮詢意見。被收購公司董事會意見、獨立董事意見和專業機構意見一併予以公告。管理層、員工進行上市公司收購的，被收購公司的獨立董事應當就收購可能對公司產生的影響發表意見。獨立董事應當要求公司聘請獨立財務顧問等專業機構提供諮詢意見，諮詢意見與獨立董事意見一併予以公告。財務顧問費用由被收購公司承擔(第十五條)。

第二十三條至第四十七條規定要約收購規則，其主要內容，第二十三條規定收購人持有、控制一個上市公司的股份達到該公司已發行股份之百分之三十時，應當在該事實發生的次日向中國證監會報送上市公司收購報告書，同時抄報上市公司所在地的中國證監會派出機構，抄送證券交易所，通知被收購公司，並做出公告。未按照本辦法的規定履行報告、公告義務的，收購人不得繼續增持股份或者增加控制。前款收購人繼續增持股份或者增加控制的，應當以要約收購方式向該公司的所有股東發出收購其所持有的全部股份的要約；符合本辦法第四章規定的，可以向中國證監會申請豁免，前款收購人持有、控制一個上市公司的股份達到該公司已發行股份的百分之三十之前，已經報告、公告過上市公司收購報告書的，可以僅就本次報告書與前次報告書不同的部份做出報告、公告。第二十四條規定，持有、控制一個上市公司的股份低於該公司已發行股份的百分之三十的收購人，以要約收購方式增持該上市公司股份的，其預定收購的股份比例不得低於百分之五，預定收購完成後所持有、控制的股份比例不得超過百分之三十，擬超過的，應當向該公司的所有股東發出收購其所持有的全部股份的要約，符合本法第四章規定的，可以向中國證監會申請豁免。以要約收購方式進行上市公司收購的，收購人應當向中國證監會報送要約報告書，同時抄報上市公司所在地的中國證監會派出機構，抄送證券交易所，通知被收購公司，並對要約收購報告書摘要做出提示性公告。證券交易所可以根據證券市場管理的需要，做出被收購公司掛牌交易股票暫停交易的決定（第二十五條）。

第三十二條規定，被收購公司董事會應當在收購人發出收購要約後十日內，將被收購公司董事會報告書與獨立財務顧問的專業意見一併報送中國證監會，同時抄報上市公司所在地的中國證監會派出機構，抄送證券交易所，並予以公告。被收購公司董事會報告書應當就是否接受收購要約向股東提出建議，被收購公司的獨立董事應當單獨發表意見，一併予以公告。收購人對收購要約條件做出重大更改的，被收購公司董事會當就要約條件的更改情況報送補充報告書，獨立董事應當發表補充意見，一併予以公告。要約收購報告書所披露的基本事項發生重大變化的，收購人應當在該變化發生之日起二個工作日內

，向中國證監會做出書面報告，同時抄報上市公司所在地的中國證監會派出機構，抄送證券交易所，通知被收購公司，並予以公告（第三十九條）。要約收購期滿，收購人應當按照收購要約規定的條件購買被收購公司股東預受的全部股份；預受要約股份的數量超過預定收購數量時，收購人應當按照同等比例收購預受要約的股份。收購要約期滿後三個工作日內，接受委託的證券公司應當向證券登記結算機構申請辦理股份轉讓結算和過戶登記手續，解除對超過預定收購比例的股票臨時保管（第四十二條）。收購人擬向同一上市公司的股東連續公開求購其所持有的該上市公司股份，導致其在收購完成後持有、控制該上市公司已發行的股份達到或者超過百分之五的，構成要約收購行為，應當遵守本辦法規定的要約收購規則。

第四十八條至第五十三條規定要約收購義務的豁免，其主要內容為：符合本辦法第四十九條、第五十一條規定情形的，收購人可以向中國證監會申請下列豁免事項：（一）免於以要約收購方式增持股份。（二）免於向被收購公司的所有股東發出收購要約。（三）免於要約收購被收購公司的全部股份。（第四十八條）。收購人向中國證監會提出豁免申請，其所報送的申請文件符合規定要求，並且已經依照規定履行信息披露義務的，中國證監會做出予以受理的決定；不符合規定要求或者未按照規定履行信息披露義務的，中國證監會不予受理。中國證監會在受理豁免申請後三個月內，就收購人所申請的具體事項做出是否予以豁免的決定；獲得豁免的，收購人可以繼續增持股份或者增加股份（第五十條）。第五十二條規定，收購人發出的收購要約應當適用於被收購公司的所有股東；但是在主體資格、股份種類限制或者法律、行政法規、規章規定的特殊情形的，收購人可以向中國證監會提出豁免申請。收購人提出豁免申請的，應當聘請律師事務所就其所申請具體豁免事項出具專業意見；依據本辦法四十九條第（二）項、第（三）項的規定申請豁免的收購人，應當聘請財務顧問等專業機構出具專業意見（第五十三條）。

第五十四條至第五十九條規定監管措施及法律責任，其主要內容為：收購人違反本辦法的規定，持有、控制被收購公司的股份超過該公司已發行股份的百分之三十的，應當主動改正；未能改正的，證券

交易所依據業務規則進行處理；拒不改正的，中國證監會責令改正。收購人在改正前不得向被收購公司選派董事、監事、高級管理人員；在整改期間，中國證監會不受理任何專業機構為其出具的文件（第五十四條）。收購人未按照本辦法的規定履行報告、公告義務的，應當主動改正；未能改正的，依第五十五條，其法律效果同五十四條之規定，構成證券違法行為的，依法追究法律責任。收購人的報告、公告，等文件中有虛假記載、誤導性敘述或者重大遺漏的，亦應當主動改正，未能改正的，依第五十六條，其法律效果亦與五十四條同，構成證券違法行為的，亦依法追究法律責任。

第五十七條規定，上市公司控股股東和其他實際控制人在轉讓其對一個上市公司的實際控制權時，未清償其對公司的負債，未解除公司為其提供的擔保，或者未對其損害公司利益的其他情形做出糾正的，應當主動糾正；未能糾正的，被收購公司董事會、獨立董事應當採取充分有效的法律措施促其糾正，證券交易所依據業務規則進行處理；拒不糾正的，中國證監會責令改正、停止收購活動。構成證券違法行為的，依法追究法律責任。被收購公司董事會、獨立董事未能採取前款措施的，證券交易所依據業務規則進行處理；拒不採取措施的，中國證監會責令改正。構成證券違法行為的，依法追究法律責任。

第五十八條規定，為上市公司收購出具資產評估報告、審計報告、法律意見書和提供財務顧問意見等文件的專業機構和專業人員，其出具、提供的文件有虛假記載、誤導性陳述或重大遺漏的，應當主動改正；未能改正的，其法律效果依第五十四條、第五十五條之規定。任何知悉上市公司收購信息的人員在有關收購信息未經依法公開前，洩漏該收購信息、買賣該上市公司證券或者建議他人買賣該上市公司證券，或者利用上市公司收購散布虛假消息或者進行欺詐活動的，依法追究法律責任。利用上市公司收購進行其他不當活動的，當事人應當主動改正；未能改正的，證券交易所依據業務規則進行處理；拒不改正的，中國證監會責令改正。構成證券違法行為的，依法追究法律責任（第五十九條）。

(4). 大陸《外國投資者併購境內企業暫行規定》之主要規定

為了促進和規範外國投資者來華投資，引進國外的先進技術和管

理經驗，提高利用外資的水準，實現資源的合理配置，保證就業、維護公平競爭和國家經濟安全，依據外商投資企業的法律、行政法規和其他相關法律、行政法規，由對外貿易經濟合作部、國家稅務總局、國家工商行政管理總局和國家外匯管理局於 2003 年 3 月 7 日以

〔2003〕第 3 號令制定公布本規定（第一條）。

本規定所稱外國投資者併購境內企業，係指外國投資者協議購買境內非外商投資企業（以下稱「境內公司」）的股東的股權或認購境內增資，使該境內公司變更設立為外商投資企業（以下稱「股權併購」）；或者，外國投資者設立外商投資企業，並通過該企業協議購買境內企業資產且營運該資產，或，外國投資者協議購買境內企業資產，並以該資產投資設立外商投資企業營運該資產（以下稱「資產併購」）（第二條）。外國投資者併購境內企業應遵守中國的法律、行政法規和部門規章，遵循公平合理、等價有償、誠實信用的原則，不得造成過度集中、排除或限制競爭，不得擾亂社會經濟秩序和損害社會公共利益（第三條）。外國投資者併購境內企業，應符合中國法律、行政法規和部門規章對投資者資格和產業政策的要求。依照《外商投資產業指導目錄》不允許外國投資者獨資經營的產業，併購不得導致外國投資者持有企業的全部股權；需由中方控股或相對控股的產業，該產業的企業被併購後，仍應由中方在企業中占控股或相對控股的地位；禁止外國投資者經營的產業，外國投資者不得併購從事該產業的企業（第四條）。外國投資者併購境內企業設立外商投資企業，應依照本規定經審批機關批准，並向登記管理機關辦理變更登記或設立登記。外國投資者在併購後所設外商投資企業註冊資本中的出資比例一般不低於百分 25%。外國投資者的出資比例低於 25% 的，除法律、行政法規另有規定外，應依照現行設立外商投資企業的審批、登記程序進行審批、登記。審批機關在頒發外商投資企業批准證書時加註「外資比例低於 25%」的字樣。登記管理機關在頒發外商投資企業營業執照時加註「外資比例低於 25%」的字樣（第五條）。

第九條第一項規定，外國投資者併購境內企業設立外商投資企業，外國投資者應自外商投資企業營業執照頒發之日起三個月內向轉讓股權之股東或出售資產的境內企業支付全部對價。對特殊情況需要

延長的，經審批機關批准後，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內支付全部對價 60% 以上，1 年內付清全部對價，並按實際繳付之出資比例分配收益。

第二項規定，外國投資者股權併購，併購後所設外商投資企業增資的，投資者應在擬變更設立的外商投資企業合同、章程中規定出資期限，規定一次繳清出資的，投資者應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內繳清；規定分期繳付出資的，投資者第一期出資不得低於各自認繳出資額的 15%，並應至外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內繳清。

第三項規定，外國投資者資產併購的，投資者應在擬設立的外商投資企業合同、章程中規定出資期限。設立外商投資企業，並通過該企業協議購買境內企業資產且運營該資產的，對與資產對價等額部份的出資，投資者應在本條第一項（第一款）規定的對價支付期限內繳付；其餘部份的出資應依照本條第二項（第二款）規定的方式約定繳付期限。

第四項規定，外國投資者併購境內企業設立外商投資企業，外國投資者出資比例低於 25% 的，投資者以現金出資的，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 3 個月內繳清；投資者以實物、工業產權等出資的，應自外商投資企業營業執照頒發之日起 6 個月內繳清。

第十五條規定，外國投資者資產併購的，投資者應根據擬設立的外商投資企業的投資總額、企業類型及所從事的行業，依照設立外商投資企業的法律、行政法規和部門規章之的規定，向具有相應審批權限的審批機關報送有關文件。而審批機關應自收到規定報送的全部文件之日起 30 日內，依法決定批准或不批准。決定批准的，由審批機關頒發外商投資企業批准證書。外國投資者協議購買境內公司股東股權，審批機關決定批准的，應同時將有關批准文件分別抄送股權轉讓方、境內公司所在地外匯管理部門。股權轉讓方所在地外匯管理部門為其辦理收匯的外資外匯登記手續，並出具外國投資者股權併購對價支付到位的外資外匯登記證明。

第十九條規定，外國投資者併購境內企業有下列情形之一者，投資者應就所涉情形向外經貿部和國家工商行政管理局報告；

- (1) 併購一方當事人當年在中國市場營業額超過 15 億元人民幣。
- (2) 一年內併購國內關聯行業的企業累計超過 10 個。
- (3) 併購一方當事人在中國的市場占有率已經達到百分之二十。
- (4) 併購導致併購一方當事人在中國的市場占有率達到百分之二五。雖未達到前款所述條件，但是應有競爭關係的境內企業、有關職能部門或者行業協會的請求，外經貿部或者國家工商管理總局認為外國投資者併購涉及市場份額巨大，或者存在其他嚴重影響市場競爭或國計民生和國家經濟安全等重要因素的，也可以要求外國投資者提出報告。上述併購一方當事人包括外國投資者的關聯企業。

第二十條規定，外國投資者併購境內企業涉及本規定第十九條所述情形之一，外經貿部和國家工商管理總局認為可能造成過度集中，妨害正當競爭、損害消費者利益的，應自收到規定報送的全部文件之日起 30 日內，共同或經協商單獨召集有關部門、機構、企業以及其他利害關係方舉行聽證會，並依法決定批准或不批准。

第二十一條規定，境外併購有下列情形之一的，併購方應在對外公佈併購方案之前或者報所在國主管機構的同時，向外經貿部和國家工商管理總局報送併購方案。外經貿部和國家工商管理總局應審查是否存在造成境內市場過度集中，妨害境內正當競爭，損害境內消費者利益的情形，並做出是否同意的決定：

- (1) 境外併購一方當事人在我國境內擁有資產 30 億元人民幣以上；
- (2) 境外併購一方當事人當年在中國市場的營業額 15 億元人民幣以上。
- (3) 境外併購一方當事人及其關聯企業在中國市場占有率已經達到百分之二十；
- (4) 由於境外併購，境外併購一方當事人及其關聯企業在中國的市場占有率達到百分之二十五；
- (5) 由於境外併購，境外併購一方當事人直接或間接參股境內相關行業的外商投資企業將超過 15 家。

第二十二條規定，有下列情況之一的併購，併購一方當事人可以向外經貿部和國家工商管理總局申請審查豁免。

- (1) 可以改善市場公平競爭條件的。

- (2)重組虧損企業並保障就業的。
- (3)引導先進技術和管理人才並能提高企業國際競爭力的。
- (4)可以改善環境的。

(三). 台資企業併購大陸企業的法律模式

此可分為二點敘述，一為台資企業併購大陸一般企業的法律模式，另一為台資企業併購大陸國有企業的法律模式，以下分述之：

1. 台資企業併購大陸一般企業的法律模式¹⁷

(1). 直接併購

所謂直接收購係指由收購方直接向目標公司提出併購要求，雙方透過一定的程序進行磋商所達成之併購方式。大陸目前尚無外資或台資經由直接收購流通 B 股、H 股而成功併購上市公司之先例，主因係之前大陸對外資開放投資的證券僅限於 B 股與 H 股，而上市公司發行 B 股與 H 股之數額不多，且 B 股與 H 股占總股本的比例也很低，難以達成外資控股之目的。由於大陸限制外資購買 A 股，致外資無法經由市場以增加對流通股之持股數額，所以仍經由收購國有股或國有法人股以達到一定之持股。而以協議收購、要約收購、增資持股、或以參與國有資產債轉股方式以進入上市公司為主進行。典型之著例為 2001 年之格林科爾集團經由其關係企業順德市格林科爾企業發展公司，以協議收購方式收購科龍電器 20.6% 國有法人股而成為科龍電器之最大股東。

由於限制外資持有 A 股之理由並不充份，在開放政策之支持下，於 2006 年 1 月，大陸商務部、證監會、國家稅務總局、國家工商總局、國家外匯管理局聯合發布《外國投資者對上市公司戰略投資管理辦法》，至此外資購買上市 A 股之改革行動始行確立。唯一遺憾的是，對非流通股之買賣仍有限售條款之限制，即自「股權分置改革」方案實施之日起 12 個月內不得上市交易或者轉讓，而在可以交易的第一年，原非流通股交易比例不得超過 5%，第二年不得超過 10%。而為充份利用外資併購以促進大陸內資企業之升級改造，實現資源之優質配化，確保外資併購之靈活、簡便，新的規定將外商投資的比例降至可低於 25%，但取消部份優惠，如進口自用設備無法免稅，無法獲得「二

¹⁷ 張遠忠、劉家豪，前引註 94，頁 26-28，頁 161-162。

免三減」之優惠待遇，在進出口及大額外匯匯出受到限制。

而在外商併購國有企業時，大陸法律規定交易價格應由資產評估機構評估，並由併購當事人決定評估機構，根據評估結果決定其價格。至於併購後仍須進行企業整合程序，以避免併購之可能失敗，由於大陸的併購往往發生「行政重組」、「突擊重組」、「報表重組」之現象，原因即係未對併購後之企業進行整合，無法發揮併購之優勢。

(2). 間接併購

所謂間接併購係指先由併購企業成立一子公司或控股企業，再以子公司或控股企業的名義併購其他企業。可分二種類型，一為三角併購，另一為反三角併購。三角併購係由併購企業先成立一子公司，再由子公司來併購目標企業。目標企業係從併購企業處獲得對價，而非從子公司或控股公司處獲得對價。併購企業對子公司可以僅是象徵性之小投資，三角併購可以簡化手續，無須經由併購公司之股東表決即可達成併購之目的，比較便利。

反三角併購係由併購企業先成立一子公司，該子公司被目標企業併購，併購企業以其子公司之股票與目標企業新發行之股票交換，而目標企業的股東因之取得現金或併購企業之股票，用以交換目標企業之股票。大陸於 2001 年頒布《關於外商投資企業境內投資之暫行規定》，允許境內外商投資企業購買有限責任公司與股份有限公司的股權，因之外（台）資企業得以間接併購方式併購公司制國有企業或公司制企業中的國有股權，就實務運作之情形觀之，外（台）資併購大陸企業以間接併購之情形居多，據上海產權交易所之資料顯示，其比例高達 70%。

間接併購又可分為購買型之間接收購與新建型之間接收購，前者係指外商整體或部份買斷上市公司母公司或控股公司，將該控股公司變成外商獨資企業或外商投資企業，典型之案例為阿爾卡特

(Alcatel) 收購上海貝爾案，成為上海貝爾的間接第二大股東。後者係外（台）資企業在中國新建獨資或合夥企業，以之間接收購上市公司。典型案例為中國的輪胎橡膠與米其林輪胎合資，成立一合資企業，由此合資企業收購輪胎橡膠企業核心業務與資產，由於米其林控股該合資企業，因之，米其林輪胎即實質上控制輪胎橡膠。

2. 台資企業併購大陸國有企業之法律模式¹⁸

目前（台）外資併購大陸國有企業主要有六種方式：

(1). 於二級市場購買流通股股份

大陸首開外資併購流通股之先例始於 2002 年 11 月以前，而原外資可購買上市公司之股份僅為 B 股與 H 股，亦即外資僅能以收購 B 股與 H 股之方式進行收購，雖然發行 B 股與 H 股的公司數量不多，且 B 股與 H 股占該發行公司股本之比例不大。例如上海耀皮玻璃的外資法人皮爾金頓原持有耀皮玻璃 8.35% 的股權，其後皮爾金頓又受讓聯合發展（香港）有限公司股權，及於 2000 年、2001 年在 B 股的二級市場上購買 1.100 萬股 B 股，至此皮爾金頓遂成上海耀皮玻璃之第一大股東。

(2). 以協議方式收購非流通國有股或國有法人股

大陸自頒布《允許外商購買上市公司國家股和法人股》後，自此台（外）資購買上市公司國有股與國有法人股有了依據，由於國有股與國有法人股之成本比 A 股低，台（外）資企業僅須以少量資金便可控股該企業，因之以協議收購方式收購上市公司和國家控股公司係台（外）資企業併購主要之方式。這種方式由 1995 年日本伊藤忠商事株式會社收購大陸北京北旅公司之國有股份開始，另 1998 年 8 月韓國三星康寧公司以協議方式受讓賽格三星的股權（由深業集團持有），成為第二大股東，此為以協議方式收購國有股或國有法人股之典型。

(3). 以協議方式收購資產

收購資產之優點是不負擔債務及無債務風險，惟須注意資產上的擔保物權負擔。收購資產之著例為印尼韓氏集團與輕騎集團（為濟南輕騎的母公司）進行資產重組，輕騎集團積欠其子公司濟南輕騎高額債務，經由韓氏集團收購輕騎集團之資產，而間接併購上市公司濟南輕騎。另一典型案例為中策公司收購杭州、泉州、大連等百餘家國有企業。

另外「以債轉股」即國有公司的境內債權人得將債權轉讓予外國投資者，為改革國有企業問題一種有效且主要之方式，其操作模式

¹⁸ 張遠忠、劉家豪，前引註 94，頁 169-179。

為將銀行對國有公司之債權轉變為資產管理公司對企業之債權，變為由資產管理公司進行投資成為股東，資產管理公司再透過出售、回購、證券化等形式以處分其所持有企業股份，以收回其資金，並化解企業和銀行承擔所轉來之風險，減輕企業負擔，優化企業投資組合。

另外一種「以債轉股」模式為台(外)資經由收購公司債權而擁有其股權，因而具有對國有企業之控制權，此種方式可使投資公司以低價即能達成收購目標公司股權之目的，再經目標公司的重組，將債權轉變為股權，俟企業有獲利或經營改善後再將股份出賣，因而獲得巨額利潤。典型之例子為台資企業太平洋百貨公司於 2002 年 7 月脫離了台灣之太平洋建設集團，其新的母公司為太平洋流通集團，而該集團之股東為太平洋建設之債權人，為由 31 家銀行組成之銀行團。太平洋建設積欠銀行團 100 億元債務，因無力償還，即將太平洋百貨以 100 億元新台幣作價轉讓與太平洋流通集團（為由銀行團 100% 控股），以抵償其債務。

而要解決一些國有企業債務負擔過重之問題，「以債轉股」則為最好之方式，即由外資以債轉股方式併購大陸國有企業，因為藉此可減輕政府之負擔而獲得政府之支持。經由以債轉股方式併購國有企業得以清償銀行債務，使國有企業得以繼續經營，外資企業獲得發展之機會。由於許多國有企業技術落後，績效差，又負擔鉅額債務，但外資企業大多擁有先進技術，現代化之管理，暢通之行銷體系及雄厚之資。因而外資之進入有助國有企業之改制及脫胎換骨，拋開沉重之債務負擔，使公司體質獲得轉型。

(4). 外資經由股權轉讓等方式，使合資企業釋股，以達控股之目的

一般合資企業初期均由中資控股，中資投入人力、物力卻無獲益，一旦有了盈利，外資即進一步增資擴股，而因中資已無資金只得同意向外資轉讓股份，外資因而達成對合資企業控股之目的。以上海為例，1992 年為利用外資最興盛時期，至 1997 年許多外資開始增資擴股，1996 年增資企業有 306 家，增資總額為 20 億美元，由於中資只能增資 5 億美元，因而共有 250 家中資企業被迫轉讓股份，許多合資企業以之轉變成為外商獨資企業。外資對大陸合資企業之增資擴股已成為併購大陸國有企業主要的一種方式，利用中資資金不足

之弱點，達成對大陸合資公司「逼股」、「擠股」，強逼中資轉讓股份，此一方式已成對大陸投資之一種趨勢。

(5). 發行可轉換債券

以定向發行可轉換債券以進行上市公司之併購首見於青島啤酒案，其協議內容為，青島啤酒向美國 Anheuser-Busch 公司（即 AB 公司）發行 1.82 億美元的定向可轉換債券，轉換為可流通的 H 股股份，而使青島市國有資產管理辦公室持有 30.56% 的股權，為公司的第一大股東。AB 公司則持有 27% 的股權而為第二大股東，AB 公司且同意青島啤酒股份不增加之情形下，不再增加持有青島啤酒股份，並將超過 20% 的股權之表決權授與青島市國有資產辦公室行使。由於係定向發行可轉債，無須由承銷商介入，故成本低效率高，轉股在 7 年內分 3 次完成，名義為債實際上為股，不致造成公司股本之過渡擴張，完成轉股時公司之投資已有積效。

(六). 增發 B 股與 H 股以吸引外資

江鈴汽車公司於 1995 年向美國福特汽車公司定向增發 B 股，福特公司則以 4,000 萬資金購買江鈴汽車公司擬發行新股的 80%，而致福特公司對江鈴汽車之持股達到 20%，成為江鈴汽車的第二大股東，自福特進入江鈴後，江鈴汽車之管理水準及技術水準乃大幅提升。再於 1997 年 3 月，福特公司經由雙方之認購協議，使福特公司在江鈴汽車之股份達到 30%。

第四章 以境外公司模式從事大陸所投資面臨之問題

第一節 台資企業面臨之問題與解決之道

台商遠赴大陸地區從事投資活動，由於大陸地區幅員廣大，各地風俗民情不同，法律制度正待建立，及政經環境之差異等，使投資面臨許多問題，其主要如：政治環境與意識形態之差異問題、法治環境與法治觀念落差問題、投資設廠問題、土地與融資問題、關務與稅務問題、員工管理問題、內銷方面問題等，茲分述如下：

一. 政治環境與意識形態之差異問題¹⁹

在 2008 年馬政府執政前之李登輝與陳水扁時代，由於「兩國論」與「一邊一國」台獨主張意識形態之操弄，使海峽兩岸長期一直處於劍拔弩張緊張對峙之狀態，形成政治僵局，兩岸只限於民間之局部交流，甚至處於半停頓之狀態。台商由於欠缺兩岸政府之扶持，權益無法獲得保障，於夾縫中生存，處境倍覺艱辛。又因大陸政策上堅持「一個中國」，於執行面發生對於台商產品未冠以「中國台灣」而僅以「台灣」名義銷售者，往往遭大陸工商管理部門查扣處罰，而使台商於經營上陷入困境。

二. 法治環境與法治觀念落差問題²⁰

大陸自改革開放以後，始開始注意並重建其法律制度，並大量制定公佈有關法律，尤其大陸自加入世界貿易組織（WTO）後，為與國際接軌，更加快其立法腳步，並逐布修正完善其法律規章，其幅度之大，令人耳目一新。而對台資企業之法律保護方面，始於 1988 年之《關於鼓勵台灣同胞投資的規定》，對台商投資給予相當之優惠與利便。而對台商大陸投資保護賦予法制地位之法律為 1994 年全國人大通過之《台灣同胞投資保護法》，及於 1999 年 12 月 5 日公布之《台灣同胞投資保護法實施細則》，唯前揭法律僅為綱領性與原則性之抽象規定，於細節技術上仍存有相當執行落差，尤其大陸幅員廣大，中央與地方法令繁多與雜亂，規定衝突與矛盾之處甚多，經常令人不知

¹⁹ 李永然，兩岸經貿活動中台資所遭遇之困難與解決之道，海峽兩岸經貿仲裁論文集，中華仲裁協會 2003 年 2 月 1 版，頁 145-146。

²⁰ 李永然，同前註，頁 147-148。

何從？尤其大陸於建政後至改革開放，甚長一段時間係屬法治空窗期，重建社會主義法治後，法治基礎尚未建立，法治觀念淡薄，人治色彩濃厚，各地中高級官員之法學素養及執法之公正性尚待加強，往往政策高於法律，對法令之解釋因人因地而異，使台商甚感困擾，於經營決策上失所依據。

三. 投資設廠之問題

許多台資企業的經營者昧於大陸各地政府優惠條件之招商投資活動，往往未及深思當地設廠之條件即冒然前去投資，其後始發生配套措施之不完全，如上下游衛星協力廠家之欠缺且素質不良，當地技術水準落後致產品不良率過高甚且影響產品之交貨期，原料供應廠商離地太遠，離港口太遠進出口不便致運輸成本過高，原物料及存貨成本增加；當地基礎設施不足，水電及道路交通設施受限與不足；另投資後始發現該行業與產品尚未獲中央或地方政府之審批，產品之越區銷售尚未取得許可證無法銷售；與各地政府之公共關係或溝通之欠缺造成誤會，投資合同有關法律文件未會同法律專家辦理，致造成許多權益之損失等。諸如以上問題解決之道如：投資設廠之前應多次考察評估，綜合考量各種條件因素，不要驟下決定。應成立投資評估小組，廣納了解大陸稅法之財會人員、熟悉建廠之工程人員、熟悉投資法令之人員、熟悉供應商之採購與品管人員、熟悉業務之人員、熟悉談判之人員、熟悉勞動土地法令、合同章程法令之人員，作精確之投資評估。及聘用專業之法律顧問及專家顧問以避免可能之風險²¹。

四. 土地與融資問題

台資企業前往大陸投資設廠，均須購置土地，由於不明瞭大陸特有之土地制度，而發生許多問題。由於大陸土地制度係採社會主義公有制，土地之所有權人為國有或集體所有，買方只有土地之使用權，而原使用土地之人並無出售土地之權限，只有代表國家管理土地之房地機關有權出售其使用權，許多台商往往向現使用人洽購土地，而蒙受損失。而許多台商往往只與有關部門簽署一份意向書，而未簽訂具體合同，故其效力如何？須視其內容而定，致無法確保權益。再者大陸採取「兩權分離制度」，土地使用權實施有償出讓，出讓之方法包

²¹ 袁明仁，前引註 55，頁 66。

括「協議」、「招標」、「競標」等方式，且有所謂「生地」、「熟地」，土地使用期限又以使用種類之不同分為最長40年，50年，70年等不同期限，若一時未注意，將發生爭議。另土地之出讓往往須負擔「安置補償」與其他稅金，若未注意，不僅無法取得國有土地使用權證且將增加取得土地之使用成本負擔。另土地之權屬分為「全民所有」（即國有）與「集體所有」，台商向各地村委員會購買之土地，必須先完成「徵用」手續，變更為國有後，始得出讓。又對土地使用權係實施「雙軌制」，即對土地使用權之有償出讓及無償行政劃撥，所謂無償行政劃撥，即大陸中資機構提供行政劃撥之土地使用權，而以折價入股之方式與予台商之合資企業，該土地使用權仍須辦理轉讓手續，繳足出讓金始得轉讓，而非屬合資企業之資產得逕行轉讓。因此要解決以上諸問題，主要台商不要以投資台灣房地產之態度去大陸購買土地，且應對大陸房地產之法令要有相當了解，投資應考量各種隱藏之成本。另外台商在大陸投資不似在台灣經營企業可向銀行融資，由於企業經營資金之週轉係屬一重要之環節，若事事均須仰賴自有資金，企業將甚難擴充並難掌握商機，且易面臨財務困境。雖然馬政府執政後，兩岸關係已經解凍，簽署了MOU（金融監理備忘錄），兩岸得互設金融機構，大陸於政策上已指定某些銀行對台商放寬融資條件，但只限於較大型之企業，且金額有限，對大多數台資企業而言，緩不濟急且實效不大。台商在大陸面臨之財務問題還有外匯管制嚴格，匯率變動幅度過大，利率不穩定，利潤不易匯出，雙重課稅等²²。

五. 報關與稅務問題

台商在進出口報關方面面臨之另一困擾之問題為，經常為一些小細節被大陸海關部門阻擋，致整批貨被卡住無法進口。另外跨關區轉廠作業手續繁瑣、報關作業違規動輒被罰、報關人員不易管理，因違規經常被海關降級處分等。另稅務問題有出口退稅案件積壓、關聯企業問題、被課稅處分、移轉定價問題、一套帳建立問題等，針對以上問題，解決之道為：一、必須與海關、船務公司、供應廠等加強聯繫溝通，有問提應立即解決，不可拖延。二、應重視進出口報關作業並由專人督導，跟催工廠與報關工作之進行及問題之處理。三、慎選

²² 李永然，前引註111，頁148-152。

報關人員，須加強能力及品德之考核。四、應做好稅務規劃，以免被認定為關聯企業，運用再投資退稅及稅收優惠策略，降低企業經營成本。五、進出口報關價格應符合海關對進口報關價格審查之規定，避免被認定價格轉移，將利潤存於境外。六、建立財務、稅務、關務一套帳²³。

六. 員工管理方面問題

勞資關係問題亦係台商大陸投資之重要問題，如員工管理、人力資源薪資問題、員工工傷、員工資遣解僱、員工罷工等問題，解決之方法不外如：一、管理人員應注意員工之省籍情結、民族文化、風俗習慣，了解其差異，因勢利導，加強住宿、工作安排，以化解來自不同地域員工之衝突。二、經營者及管理階層應對大陸勞動法令加以研究瞭解，並提昇自己之管理水準，針對勞動法令規定於實務執行面發生之困難予以解決，採用紀律化兼人性化之管理，避免勞資爭議問題之發生。三、應與員工簽訂「勞動合同」及為員工加保有關社會保險，靈活運用勞動法之規定，以保障員工權益為最大考量。

七. 銷售產品之問題

主要係產品內銷方面之問題，例如取得合法內銷經營權不易，為與內資企業競爭，未依規定開立 17% 增值稅發票，致遭稅務局處罰。內銷市場通路開拓困難、業務及行銷人材難覓、收集市場情報不易、貨款回收慢、容易發生壞帳、商標仿冒嚴重、過渡惡性競爭等。解決之道為：一、從事內銷之台資企業，應建立守法之觀念，例如保稅原料加工後，只能作外銷用，不可違法轉作內銷，否則觸法。二、從事內銷應儘量避免賒帳，或先收款後出貨，以免倒帳。三、從事內銷應將 17% 專用增值稅之成本列入，避免被罰。四、加強業務人員之晉用考核管理，採用激勵獎金制度，以培養優秀之業務行銷人員。

八. 人身安全方面問題

人身安全問題乃台商最切身之問題，常見之情形有：違法攜帶超額外幣出境、員工營私舞弊、離職員工懷恨檢舉報復、遭綁票勒索、發生經營或合同糾紛引發人身安全問題、經營違法違規被處刑罰、台籍幹部適應困難、子女就學不易問題等，解決之道為：一、應瞭解

²³ 袁明仁，前引註 55，頁 62-63。

並遵守當地法令，避免觸犯大陸國家安全法及違反稅務法令遭羈押，應謹言慎行、財不露白、不與他人談論政治問題。二、勿任意辭退開除員工，並應予申訴機會及依法給予經濟補償金，以免其挾怨報復。三、注意門禁警衛及重要隨身人員之人品操守，以免因利害關係影響人身安全。四、注意住宅及廠區安全防護，應有防火、防盜監控系統設置，嚴控異常人員或非台籍幹部進入。

此外在智慧財產保護方面，亦面臨仿冒之困擾，雖然大陸政府為因應情勢，大力取締仿冒行為，但由於智慧財產尊重之觀念尚未深入人心，因之仿冒仍甚普遍，甚至具指標性之企業亦不免有仿冒行為，使台商甚感無力。另外大陸對於外商投資頒布有《外商產業投資指導目錄》，對投資項目分為鼓勵類、允許類、限制類、禁止類，限制台商投資某些行業，或要求必須與中資合資，使台資企業面臨選擇合作夥伴之難題；又如自家工廠只能銷售自己產品，不得單獨成立貿易公司，只銷售他家產品，且台資企業亦甚難取得零售業執照，諸如此類問題均有待突破。

綜合以上問題，解決之道除以上所述外，另不外：一、慎選投資地點，並注意政策及法令之變更，以免大量資金及資源之投入而遭致損失，選擇投資地點之標準如：要有完善之基本建設與公共設施、便利之交通、原物料供應方便、當地政府之工商稅務勞工等行政設施配合良好、操守、效率高。二、當地法令與中央一致性，不得有「上有政策，下有對策」之情形，且當地政府對台資企業有善，充份予以支持。三、台資企業可結合外資進入大陸，成為國際企業之合作夥伴，並可享受與外商投資一樣之優惠。三、應團結台商發揮群聚效應，以便於與地方政府之交涉互動，建立投資所需要之資源產業系統。

第二節 台資企業面臨之法律糾紛與解決之道

第一項 台資企業面臨之法律糾紛

自大陸實施改革開放，及我政府開放台商至大陸投資以來，兩岸經貿交流熱絡，自 1991 年 1 月起至 2001 年 12 月為止，台商經准許至大陸間接投資之金額，已近 200 億美元。而據大陸外經貿司於 2001 年的統計，截至 2001 年底，大陸累計批准台資投資之項目為 50838 個，實際使用台資 293 億 4 仟萬美元，而至 2002 年底兩岸貿易額已達 323 億 4 仟萬美元，台灣已成大陸第四大貿易夥伴和第二大進口市場。由於台商對大陸法令之不熟悉及法令之變動頻繁，台商在兩岸之經貿糾紛不斷增加，據海基會經貿處之統計，自 1991 年至 2002 年 2 月為止，經海基會調處之兩岸經貿糾紛高達 400 件。而兩岸之經貿糾紛主要分為幾類²⁴：

一. 投資合資糾紛

由於我國政府目前之政策與法令尚未開放台商直接前往大陸投資，因而許多台商均在第三地設立境外公司，再以境外公司迂迴至大陸依大陸外資法之規定與中資合資或獨資投資，而所發生之法律糾紛不外合資契約或經營理念、財務問題、人事安排、股東利益分派等問題。另外自大陸加入 WTO 後，原來對台商之「超國民待遇」種種如稅收方面之減免優惠待遇，將逐步予以調整甚或取消，則台商原來與地方政府或他人簽發之投資合同將不免發生權利義務方面之爭議，此即發生投資法律糾紛之因素²⁵。

二. 貿易交易糾紛

由於兩岸對商品之進出口管制體系不同，及大陸對進出口商品管控嚴密，以及在未經許可台資企業之產品只能外銷出口不許內銷之情形下，台商亦經常發生進出口貿易糾紛，如信用狀貨到無法收款，賣方要求出貨付款，買方則要求符合檢驗標準貨到付款，另一為貿易條件不一致之糾紛，及原物料採購品質不符，價格波動或退貨及被倒帳之糾紛等，往往使台商企業之經營增加許多變數與風險。

²⁴ 黃台芬，兩岸經貿糾紛及案例評析，海峽兩岸經貿仲裁論文集，中華仲裁協會，2003 年 2 月 1 版，頁 171-172，頁 177-178。

²⁵ 林家亨，前引註 58，頁 165-166。

三. 土地及工程糾紛

大陸土地皆為國有或集體所有，與台灣土地制度不同，一般買賣之標的僅限於使用權之買賣，且依使用種類之不同，分為不同之年限，且其稅制亦甚複雜，土地法規繁複，不易瞭解，因而常發生土地買賣糾紛或廠房買賣合同糾紛，建設工程承攬或因承攬人資力不足，或工程瑕疵而發生糾紛，凡此經常拖延時日甚久無法快速解決，使投資案無法順利進行。

四. 智慧財產權糾紛

由於大陸保護智慧財產之法律施行不久，保護智慧財產之觀念尚未普遍深入人心，社會一般對智慧財產權欠缺尊重，故仿冒問題嚴重，甚至許多知名企業亦有仿冒行為。雖然由於外資之不斷要求，且政府亦非常重視，全力取締，但由於稅收等諸多顧忌，執行效果並不理想。此問題若無法獲得解決，不僅糾紛無法遏止，且將影響台商繼續投資之意願，如商標之搶先註冊、相同或近似之不當撤銷、專利權之侵害等是。

第二項 台資企業面臨法律糾紛解決之道

依據大陸 1986 年發布之「國務院關於鼓勵外商投資的規定」第 20 條「香港、澳門、台灣的公司、企業和其他經濟組織或者個人投資舉辦的企業，參照本規定執行」，亦即將台資企業投資比照外資等同一般待遇處理，又 1988 年 7 月 3 日發布「國務院關於鼓勵台灣同胞投資的規定」，其中第 20 條規定：「台灣投資者在大陸投資因履行合同生的或者與合同有關的爭議，當事人應當盡可能通過協商或者調解解決。當事人不願協商、調解的，或者協商、調解不成的，可以依據合同中的仲裁條款或者事後達成之書面仲裁協議，提交大陸或者香港的仲裁機構解決。當事人沒有在合同中訂立仲裁條款或者事後又沒有達成之書面仲裁協議的，可以向人民法院起訴。」，由以上規定可知，台資企業在大陸投資發生之法律糾紛，解決之機制不外調解、仲裁、訴訟，另依大陸目前法制，尚有行政救濟之方式，以下分述之²⁶：

一. 訴訟機制

²⁶ 黃台芬，前引註 116，頁 180-185。

以訴訟方式解決糾紛，主要係民事訴訟與海事訴訟方面，依大陸《中華人民共和國民事訴訟法》第3條之規定：「人民法院受理公民之間、法人之間、其他組織之間以及他們相互之間因財產關係和人身關係提起的民事訴訟，適用本法的規定。」，又依該法第19條規定，重大涉外案件之第一審係由中級人民法院管轄，一般的簡易涉外案件，則由基層人民法院管轄。因之，台商之民事訴訟案件是以「涉外民事訴訟案件」辦理，亦即將「港、澳、台民事案件」及「港、澳、台經濟糾紛案件」統一由中級人民法院及高級人民法院管轄。由於大陸之司法制度尚不夠健全，以民事訴訟方式解決紛爭，甚不經濟且台商不易獲得保障，故一般皆先以下列仲裁之方式處理。

二. 行政救濟機制

行政救濟主要係請求「行政賠償」，所謂行政賠償是國家行政機關及其工作人員在執行職務、行使國家行政管理職權的過程中，所作出的具體行政行為違法，給公民、法人或其他組織造成損害，由國家行政機關承擔的賠償責任。行政賠償係國家賠償的重要組成部份，根據中華人民共和國國家賠償法之規定，國家賠償包括「行政賠償」、「刑事賠償」、「非刑事司法賠償」。大陸雖訂有國家賠償法以保障台資企業投資人因行政機關及其工作人員之行政行為損害權利時以之救濟，但在一定條件下，行政機關並無須承擔賠償責任，如該法第5條規定：「屬於下列情形之一的，國家不承擔賠償責任：一、行政機關工作人員與行使職權無關的個人行為。二、因公民、法人和其他組織自己的行為致使損害發生的。三、法律規定的其他情形。」。而依大陸現行行政訴訟法及最高人民法院在《關於審理行政賠償案件若干問題的規定》，將因國家行為、內部行政行為和抽象行政行為造成之損害，排除在得請求損害賠償之列²⁷。

三. 仲裁機制

大陸之仲裁機制可分為「國內仲裁」與「涉外仲裁」，國內仲裁是指仲裁機關對本國當事人之間之民商事糾紛進行仲裁，涉外仲裁是指對具有涉外因素的民商事糾紛所為之仲裁。大陸的涉外仲裁機構有

²⁷ 林家亨，前引註58，頁167-168，172-174。

二，一為「中國國際經濟貿易仲裁委員會」(CIETAC)，二為「中國海事仲裁委員會」(CMAC)，二者均附屬於「中國國際貿易促進委員會」(CCPIA)，由於台資企業性質上仍屬外資企業，故對於投資產生之爭議，應依涉外仲裁案件處理。「國內仲裁」與「國際仲裁」二者之不同為，國內之仲裁機構由大陸籍之仲裁員組成，而涉外仲裁機構之仲裁員不限大陸籍。另在國內之仲裁作成後，依大陸仲裁法第 58 條之規定，法院除可因其程序違法予以撤銷外，復可依「該裁決違背社會公共利益」，予以撤銷。而涉外仲裁之裁決，須有大陸民事訴訟法第 260 條第 1 項規定之情形始得撤銷，而民事訴訟法第 260 條第 1 項並無社會公共利益之規定。人民法院對國內仲裁案件之裁決可作程序審查及實質審查（如審查該裁決有無違背社會公共利益），而對涉外案件仲裁裁決之審查僅能進行程序審查。故適用涉外仲裁制度對台商較為有利。另台商在使用大陸仲裁機制時雖適用涉外仲裁制度，但其在選擇仲裁機構時，並不以選擇中國國際經濟貿易仲裁委員會為限，均可約定以大陸地方仲裁委員會為其仲裁機關²⁸。

1. 至於仲裁程序則依如下所述進行：

(1). 依大陸仲裁法第 2 條之規定：「平等主體的公民、法人和其他組織之間發生的合同糾紛和其他財產權益糾紛，可以仲裁」，至於婚姻、收養、監護、扶養、繼承等糾紛，或依法應由行政機關處理的行政爭議，則不能仲裁（同法第 3 條），台資企業之貨款問題，屬於買賣合同糾紛，得申請仲裁。

(2). 大陸仲裁法第 4 條規定：「當事人採用仲裁方式解決糾紛，應當雙方自願，達成仲裁協議。沒有仲裁協議，一方申請仲裁的，仲裁委員會不予受理。」，所謂雙方達成仲裁協議有兩種情形，一為雙方在合同中訂有仲裁條款，一為在糾紛發生前或發生後雙方以其他書面形式達成的請求仲裁的協議。

(3). 當事人申請仲裁，應向仲裁委員會提交仲裁協議、仲裁申請書及副本。仲裁委員會受理申請後，應當將仲裁規則及仲裁員名冊送達申請人，並將仲裁申請書副本和仲裁規則、仲裁員名冊送達被申請人，並各自選定仲裁員，被仲裁人也應當在規定期限內提交答辯

²⁸ 黃台芬，前引註 116，頁 181-183。

書，以進行仲裁程序。

(4). 仲裁程序不公開，但若當事人協議公開亦可。申請人經書面通知無正當理由未到庭，或未經仲裁庭許可而中途退庭的，視為撤回仲裁申請；若被申請人經書面通知無正當理由未到庭，或未經仲裁庭許可而中途退庭者，則應為缺席裁決。

2. 仲裁判斷之認可與執行有如下述：

(1). 依台灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條規定：「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背台灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。前二項規定，以在台灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」，第 3 項為平等互惠原則之規定。

(2). 大陸最高人民法院於所發布之法釋（1998）11 號《關於人民法院認可台灣地區有關法院民事判決的規定》及法釋（1999）10 號通過之《關於當事人持台灣地區有關法院調解書或者有關機構出具或者確認的調解協議書向人民法院申請認可人民法院應否受理問題的批復》中通過對於台灣地區有關法院作成的民事判決、民事裁定、民事調解書及台灣地區仲裁機構作出的仲裁判斷（仲裁裁決），得向人民法院申請認可後據以強制執行；而台灣地區法院作出的民事支付命令裁定及經審核核定與民事確定判決有同一效力之鄉鎮市調解委員會調解書，其時則不予受理申請認可。

(3). 但支付命令亦屬法院民事裁定，若因之而不被大陸法院受理申請認可強制執行，於法理上顯屬不當，嗣最高人民法院因應台灣人士之反應於 2001 年 4 月 10 日以法釋（2001）113 號發布《關於當事人持台灣地區有關法院支付命令向人民法院申請認可人民法院應否受理的批復》，自 2001 年 4 月 27 日起同意支付命令得比照民事判決，受理認可後強制執行²⁹。

²⁹ 姜志俊，民事訴訟、非訴訟與仲裁實務，大陸台商財經法令導覽手冊，行政院大陸委員會，1996 年 2 月 1 版，頁 151-154。

第三節 內外資差別待遇與不平等競爭問題

第一項 內外資差別待遇問題

第一款 內外資設立依據法域之不同導至區分標準上之問題

大陸為吸引外資，對內外資之處遇政策迥異，而對內外資採取分別立法之策略，給予內外資不同之待遇，但由於外資立法對內外資區分標準不盡合理，導至內外資差異之主要因素。

一般所謂之“外資”，其法律上之意義為依照大陸法律之規定，外國之投資者為取得我國企業的股權或者類似權益而投入的資本³⁰。原則上係依照投資者之國籍和住所地來確認投資者的身份與投資的性質，另一是國外的資金或資本，外國投資者合法所有的資金或資本統稱為外資，主要係外國法人或自然人。由於境外公司係於境外法域依據境外法律而成立，其屬外國法人，因之其對大陸之投資應屬外商投資無疑，至於內資企業於境外設立境外公司再返回大陸投資是否為外資，雖為重大法律問題，惟其有外資之形式，應無庸疑。內外資以依據國籍之不同作為區分之標準不盡合理之處在於法人之投資者，得以選擇國籍以設立公司之方式來規避法律，導致外資認定之界限模糊及不易認定，顯著之例為內資企業於境外法域註冊成立境外公司再返回國內投資，成為具外商性質之外資，即可明瞭內外資分辨實際上甚為困難，此種“假外資”之實質上存在，形成法制及管理上之漏洞，為不易解決之難題。

第二款 內外資差別待遇問題

自改革開放以來，由於大陸政府政策上積極吸引外資，而制定一系列鼓勵外商投資之法律，給予外資優惠之待遇，甚至超國民待遇之規定，形成內外資差別待遇之問題，例如《國務院關於鼓勵外商投資的規定》，給予外資如產品出口企業和先進技術企業一系列優惠待遇，如該規定第3條：產品出口企業和先進技術企業，除按照國家規定支付或者提取中方職工勞動保險、福利費用和住房補助基金外，免繳國家對住房之各項補貼。第4條：產品出口企業和先進技術企業的場地使用費，除大城市市區繁華地段外，按下列標準計收：一.開發費

³⁰ 楊秀清，前引註5，頁19，註28。

和使用費綜合計收的地區，為每年每平方米 5 元至 20 元。二. 開發費
一次性計收或者上述企業自行開發場地的地區，使用費最高為每年每
平方米 3 元。前款規定的費用，地方人民政府可以酌情在一定期限內
免收，此為場地使用費優惠之規定。第 5 條：產品出口企業和先進技
術企業優先提供生產經營所需的水、電、運輸條件和通信設備，按照
當地國營企業收費標準計收費用，此為生產經營所需的能源設施費等
優惠之規定。第六條：產品出口企業和先進技術企業在生產和流通過
程中需要借貸之短期周轉資金，以及其他必須之借貸資金，經中國銀
行審核後，優先貸放。此為資金融通優惠之規定，此外尚有稅收優惠
等方面之規定。另依據《外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》
規定，外資企業享有所得稅優惠稅率與“二減三免”之優惠。以上對
外資或台資優惠待遇之規定，固有一時國家政策上之需要，如為吸引
外資或台資不得不採取之措施，國際間許多引進外資之國家均不免有
對外資有如此之優惠待遇，但此措失產生諸多缺失，如以稅收優惠為
主之措施，不僅造成國家稅收之流失，且形成內外資之差別待遇，削
弱了內資企業之競爭力，使許多內資企業紛紛至境外公司註冊以取得
假外資之身份，企圖享受外資之待遇，形成逃避法律規範之不正常現
象。另一方面，對外資或台資進入大陸投資之行政審批過予嚴格，使
外資或台資淪為次國民待遇，而予核准進入投資後又賦予諸多之優惠
，使外資或台資又享受超國民待遇，如此差別甚為奇特且不盡合理。

第二項 內外資之不平等競爭問題

由於以上所述之對內外資區分之不合理及外資或台資在稅收上種
種之優惠待遇，導之許多內資企業往往於境外法域註冊成立境外公司
再返回大陸投資，形成“假外資”之現象，其返程投資境內之資本來
源主要係之前從境內移出去之資本，本質為內資，只是依大陸現行外
資定義標準不認為外資。“假外資”之所以泛濫，主要係內資企業只
要以少許資金便能至境外法域註冊成立境外公司，然後再控制這個境
外公司返回境內投資。大陸由於外匯管制嚴格，致使內資企業欲直接
至境外註冊成立境外公司甚為困難，但內資企業得以藉由自然人小額
匯款審查較為寬鬆之利便，以自然人股東之名義去註冊成立境外公司

，而由境外公司控股境內企業。由於境外法域對註冊之境外公司加以保密，因之大陸之主管機關甚難瞭解返向投資之境外公司是否為境內企業所掌控，因之境外公司以返程投資併購境內企業之方法很容易變更成為外資企業。因而以外資或台資企業之身份享受外資優惠之待遇，而與內資企業在法律等待遇之不平等，影響所及，在實際面許多民間企業紛紛去境外註冊以取得外資身份，形成法律上及管理上之問題³¹。

第四節 資產流失問題

目前大陸國有企業改革發生之一嚴重問題為外資企業往往以併購之手段併吞國有資產，亦即利用公司改制以賤賣國有資產，造成國有資產之流失，主要發生在資產評估、產權轉讓和產權轉讓上繳三方面，流失之原因如下³²：

一. 大陸國務院於 1990 年 7 月 2 日公布《加強國有資產管理工作的通知》，規定國有資產企業併購、參股經營、合資經營及向全民所有制法人或自然人出售境內國有資產等行為，必須呈報上級國有資產管理機關批准，並由資產評估機構對資產進行評估，辦理產權之轉讓手續，以確保國有資產之品質與價值。且復於 1991 年頒布《國有資產評估管理辦法》，規定國有資產之產權轉讓，必須經省級以上資產管理部門認可之資產評估機關評估，並呈報國有資產管理部門確認，但實際上並未完全遵行，產生諸多缺失：

(一). 部份評估機構由臨時人員組成，不具專業能力，無評估資格，只顧收費，並未實際進行評估。

(二). 部份評估機構因故故意低估資產價值，使國有資產流失。

(三). 對資產評估所產生之影響認識不足，並未積極進行評估，僅以帳面價值與外資簽約，或於簽約後再補辦評估手續。

(四). 不以科學方法評估，對企業之智慧財產之評估方法欠缺科學根據。

(五). 部份企業未從事資產清理重估即予售出，且未遵照法律規定之程序辦理，如審計部門僅對企業帳面進行審計，與實際狀況不

³¹ 楊秀清，前引註 5，頁 24。

³² 張遠忠、劉家豪，前引註 94，頁 171-173。

符，種下日後糾紛之因素。

(六). 部份中資企業隱匿國有企業資產，藉改制之名行侵占之實。
二. 另企業在併購中對國有資產不進行評估之原因為，大陸法律對無形資產之評估欠缺規範，並不重視無形資產，甚至以地方性之法規作為評估標準，失諸任意性，經常以滿足當事人之需要以之評估，無客觀標準。

三. 另一導至國有資產流失之原因為監管機制不健全，發生假破產、真逃債現象，如將質優資產分離與外資成立合資企業，而將質劣資產留給原來公司，使原來公司承受過重負擔，導致國有資產流失。

四. 在國有企業改革初期，即因國有企業以註冊境外公司而低價收購國有企業股份，將國有企業移轉至個人名下，使國有資產流失，典型之案例為國騰系女富豪以秘密之關聯交易方式侵吞其管理下之國有企業資產，將所控制之國有企業淘空，再經由所控制之境外公司將該企業併購，使國有資產流失。又由於非國有資產轉讓監管較不受重視，一般由境內內資企業之自然人控股股東在境外法域成立一境外公司，而該公司之註冊資本只有一美元，再經該境外公司向境內企業發行未有實際擔保之股份，使得境外公司幾乎無對價取得境內資產之控制權，而將境內資產注入境外公司。經由境外公司不等價併購將境內資產之控制權轉移至境外後，境內股東將境內資產在境外上市，經融資後再將資金匯回境內；另一種方式為境內股東以不等價交易控制擬於境外上市之境內資產，以非法轉移境內資產，資產流出後即不再返回國內，因而導至國有資產及公眾資產等之流失³³。

³³ 楊秀清，前引註 5，頁 25-26。

第五章 對以境外公司模式從事大陸投資之意見與建議

第一節 對中華民國台灣投資法之意見與建議

目前我國台灣並無制定一套體系完整之投資法，包括外商對台灣之投資，大陸對台灣之投資，以及台資企業對大陸之投資等法律，其中外商對我國台灣之投資，我國現有外國人投資條例及華僑回國投資條例(最近一次修正公布日期均為86年11月19日)。大陸對台灣之投資於97年5月20日馬政府執政前原採禁止之態度，自馬政府執政迄今，由於兩岸政策大幅開放，積極開放陸資來台，而陸續公佈「大陸地區人民來台投資許可辦法」、「大陸地區之營利事業在台設立分公司或辦事處許可辦法」及「大陸地區人民來台投資業別項目」，惟前開二項許可辦法均係分別依據兩岸人民關係條例第72條第2項、第73條第3項及第40條之1第2項訂定，後開投資業別項目為經濟部依職權所訂定，均僅具行政命令性質。而在台資企業對大陸之投資，於民國82年3月1日經濟部即訂定施行有「在大陸地區從事投資或技術合作許可辦法」(最近一次修正公布日期為97年9月12日)、「在大陸地區從事投資或技術合作審查原則」(最近一次修正公佈日期為97年8月29日)、「在大陸地區投資晶圓鑄造廠積體電路設計積體電路封裝積體電路測試與液晶顯示器面板廠關鍵技術審查及監督作業要點」(91年8月12日訂定發佈，99年2月26日修正)、「違法在大陸地區從事投資或技術合作案件裁罰基準」(93年3月1日生效，98年2月2日修正)、「大陸投資負面表列—農業、製造業及服務業等禁止赴大陸投資產品項目」(91年11月30日生效，99年2月26日公告修正)、「在大陸地區從事商業行為許可辦法」(83年1月31日發布，93年3月2日修正)，惟以上諸規定，亦均係依兩岸人民關係條例授權訂定之行政命令，綜合上述，可歸納我國台灣目前之投資法規規定具有如下特色：

一. 體系零亂，分別規範而不一致

將禁止經營之項目(如禁止類、一般類)、允許投資之金額及比例上限、申報案件(一佰萬美元以下之案件，得採申報方式為之)、簡易審查案件(五仟萬美元以下)、專案審查案件(逾五仟萬美元以上)規定於審查原則中，而將出資之種類(如現金、機器設備、零配件、原料、

半成品或成品等)、申請手續，投資許可或撤銷廢止許可，規定於許可辦法。再將違反規定未經許可在大陸地區從事投資或技術合作等之罰則，規定於上開裁罰基準中，就法律規範體系言，均顯零亂而不一致，而有一行為同時須適用三種規範之疑慮，形成法律適用之割裂現象。

二. 僅係行政命令之法律位階，產生內外投資法律規範之不平等現象

上開外國人投資條例及華僑回國投資條例之規定，依我國現行中央法規標準法第2條之規定，為具法律位階性質之規範，而上開大陸對台灣之投資及台資企業對大陸地區投資等之規定，均為主管機關經濟部依兩岸人民關係條例之授權所訂定，僅具行政命令位階性質，易隨行政權之作用或政策或政黨之輪替而變更，法律之適用極不穩定。且外人對內投資為法律規範，國人對外投資卻為行政命令，有歧視國人對外投資之嫌，產生內外投資法律規範之不平等現象。

基於以上缺失，吾人作如下數項建議：

一. 統一訂定一套體系完整之內外資投資法，作為內外資投資之依據

投資活動對一國之經濟發展貢獻至鉅，尤以我國台灣係一淺碟形之海島經濟，資源缺乏，須與國際經濟社會作物質之交流與貿易，方得賴以生存與發展，因之積極鼓勵外人及大陸來台投資，以吸引外資及陸資應為我政府當前經濟發展之要務；相對的，基於兩岸經濟貿易之互補及互惠原則，對台資企業赴大陸之投資，亦不應加以禁止，而應以法律對其投資行為予以規範，尤其大陸政府已訂頒「台灣同胞投資保護法」，我國政府亦應對台資企業赴大陸之投資，作有限度之積極便利措施，而非只是消極之取締。且我國目前對大陸之投資法令散見於不同之行政命令中，甚為零亂而不一致，欠缺完整之規範，有統合之必要。而無論對內或對外投資，均牽涉一國之經濟政策、財政政策、租稅政策、外匯貿易政策等，有其理論之經濟面與執行之技術面，是以世界先進之投資大國莫不訂有一套完善之內外資投資法以為投資行為之依據，我國自應迎頭趕上，以順應現代投資思潮。

二. 提高對大陸投資法至法律位階，以示對大陸投資行為之重視

如前所述，我國目前之對大陸投資法規，均僅為依兩岸人民關係條例授權所訂定之行政命令，易隨行政權之作用及政策或政黨之輪替

而變更，為顯示對大陸投資政策之一貫，及對大陸投資行為之重視，並求內外資投資法律之平等性，與建立完整之投資法律體系，吾人認為有提高對大陸投資法規至法律位階之必要。

三. 應對境外公司立法規範

由於我國目前尚未允許對大陸開放直接投資，是以許多台資企業均以在第三地尤其境外法域註冊成立境外公司，再至大陸投資，此為目前實務上流行而普遍之作法，基於如前所述境外公司之諸多優勢，且實際上其功能亦不能一概抹煞，吾人認為，應立法規範境外公司之投資行為，且應將以境外公司至大陸投資或至我國台灣投資列入我國投資法中規範，但應對其諸如逃稅或洗錢等弊端加以防範或設定罰則，以減輕其負面影響。

四. 與境外法域加強合作，建立資訊交換機制

由於境外公司的經營活動在其註冊之境外法域之外進行，對註冊地的經濟活動與交易秩序無甚影響，各境外法域當局由於為本地之產業與經濟發展，甚少對境外公司進行實質之審查與管制，此為世界之經濟安全帶來極大之危害，因而國際社會對境外法域均施以壓力，迫使其修訂相關之法律，另一方面提供境外法域一些優惠措施，與其進行相互合作，以建立境外公司之資訊交換機制。如百慕達承諾建立與其他國家之稅務資訊交換機制，並於2003年修正公司法對境外公司帳目進行審計與歸檔；另外英屬維京群島亦修正其商務公司法，自2004年12月31日起，無記名股份應交由授權之管理人保管，其所有者的名稱與地址亦應通知管理人。且實行董事強制登記制度，境外公司之董事登記名簿應存放於註冊代理處³⁴。因之，吾人認為應積極與境外法域合作，與其簽訂雙邊互惠協議，經由對其提供經濟援助等優惠措施與境外法域作資訊交流，以建立資訊交換機制，提高境外公司之資訊透明度，掌握境外公司真實資產負債狀況，以防範其弊端。

第二節 對中國大陸外資法之意見與建議

第一項 大陸外資法對境外公司規範之缺失

大陸外商投資法律體系歷經建立、發展、調整和完善之各個歷程，已初步形成一個以《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、

³⁴ 張詩偉，前引註3，頁47。

《外資企業法》及其實施細則為軸心較為完備的外商投資法律體系。該法律體系雖為境外公司作了一些運作依據，但無具體性之規定，綜合言之，大陸外商投資法律存在以下若干缺失³⁵：

一. 註冊境外公司與外資企業界限不易分辨

許多大陸企業於境外法域註冊成立境外公司再返程投資，此種設立人為大陸自然人或法人之具有中國色彩之境外公司，由於大陸對公司之國籍採註冊地主義，因而此種境外公司即具外資企業身份，而被視為“假外資”，二者界限模糊，不易分辨。

二. 外商投資法之規範疏漏，造成投資者之可乘之機

由於境外法域賦予境外公司諸多利便與優勢，因而大部份至大陸投資之外資企業皆以境外公司之模式為之，因大陸外資法未對直接投資與透過設立境外公司至大陸投資予以區別，使一些投資者利用資以從事投機行為，以境外公司之模式操作達到非法目的，如以惡意併購方式侵占國有資產、逃避稅收、規避上市公司資訊披露規定等。

三. 以境外公司模式侵占國有資產無法律防範措施

外資企業經常以境外公司隱藏身份，逃避責任，侵吞國有資產或以境外公司之名，將國有資產變為私有，使國有資產嚴重流失，而大陸外資法並未對其作有效之防範，只有對境外公司移轉國有資產之行為進行法律規範與預防，始能防止此弊端。

第二項 對大陸外資法有關之建議

第一款 應統一訂定一套體系完整之外商投資法

大陸自改革開放以來，由於積極吸引外資，國家政策重視外商投資，雖頒布施行許多相關外商投資法規，但並未建立一套完整之外商投資法律體系。大陸現行之外商投資立法主要有三部即：《中外合資經營企業法》、《中外合作經營企業法》、《外資企業法》，另外有關稅收、外匯等一些單行法規。大陸外資立法對各別形式企業採取不同立法政策，導至規範零亂分散、內容重復等缺失。外資立法與大陸之涉外經濟法律體系關係密切，現行外資立法不利於集中及明確穩定之體現大陸之外商投資政策，常使外資及台資感覺大陸之外資法政策模糊

³⁵ 張國敏，前引註 1，頁 27-28。

、變化多端、規範重疊。由於：一、大陸自 2007 年 3 月 16 日已通過《中華人民共和國企業所得稅法》，統一了內外資企業之所得稅稅率，而在稅收立法方面，內外資企業在流轉稅、進出口關稅已趨於平等，初步已建立了統一之稅收法律體系，為進一步建立統一之外資法創見了條件。二、大陸目前內外資企業之法律地位已較為平等，在企業登記、外匯管理、勞資管理方面，外資及台資企業已統一受《中華人民共和國公司登記管理條例》、《中華人民共和國外匯管理條例》、《中華人民共和國勞動合同法》所規整，亦為統一內外資立法提供了有利之條件。雖然有部份論述主張大陸之三資企業法與大陸之公司法框架一致，內容諸多相似，《公司法》是在總結三資企業法實踐經驗的基礎上公布實施的，具有更全面和系統等特點；且其內容為外商投資法之重要補充。《公司法》之一些規定較三資企業法更符國際慣例，且可避免虛假投資之出現，因而主張取消三資企業法而統一適用公司法³⁶。但吾人認為在體例上公司法較具概括性與一般性，與外資法之特殊性技術性有其規範上之差異，不宜立於一公司法中，而有統一訂立一套體系完整之外商投資法之必要。

第二款 外資法應逐步取消外資之超國民待遇

在改革開放初期，大陸為了大力引進外資，以發展經濟，對外資採取“超國民待遇”政策，在稅收、生產經營方面給予外資諸多優於內資之待遇，此不僅與世界貿易組織關於“國民待遇”之原則背道而馳，且產生內資企業紛紛借助境外公司從事返程投資，以獲得“超國民待遇”之現象，破壞國內之公平競爭秩序。對外資之引進政策，經二、三十年之經濟高速發展，已達到一新的歷史階段，對外資已由“量”之需求轉變為“質”之提高，而外資所尋求的不僅為條件之優惠，尤重於東道國之政治環境穩定與法律制度之健全，因此，於外資法中應逐步取消外資之超國民待遇，實現內外資之平等競爭，並進而杜絕假外資之現象³⁷。

第三款 建立境外公司對境內企業之監督管理制度

大陸應在統一之外商投資法中，規範外資進入大陸之企業併購行

³⁶ 張國敏，前引註 1，頁 32。

³⁷ 張亮，前引註 2，頁 41-42。

為，外資法雖然對外資併購境內企業作了某些規定，但迄今尚未針對境外公司併購境內企業作特別之立法規範。就該立法言，應加強對外資之進入審查，對於民族產業與對國計民生有重大影響之行業，應對外資之進入加以限制。對境外公司至大陸之投資，應嚴格審查其投資目的，對以境外公司併購國有企業之行為，應由有關部門作全程監督。不妨設立保證金制度，要求境外公司提供一定數額之保證金，避免境外公司逃避債務與責任。在加強國有資產之監督管理，以防止資產之流失方面，對國有資產之轉讓應嚴格依照法律之規定執行，不許行政單位或個別董事會成員擅自處理。對國有資產之併購價格必須進行嚴格之資產評估，對國有資產應制定合理之轉讓價格，同時對外資之到位應加強監督，提高引進外資之品質³⁸。加強對國有資產管理和保護之立法，對境內股東和債權人於產權交易過程中，對其利益之保護亦應立法加強，並立法約束政府部門職權，對資產評估和產權交易過程中之違法行為應訂定罰責。

第四款 應加強境外公司對境內關聯企業之稅收監督管理

境外公司經由在大陸成立之外商投資企業，以境內外關聯企業交易、移轉定價等方式，將在大陸之所得轉入境外公司，使國內關聯企業虛假之利潤或虧損，逃避國內之稅收管理；由於境外公司之具隱密性，國家無法對境外公司之移轉定價實行有效之管理，吾人認為應建立對關聯交易和移轉定價之調查制度與納稅制度，完善預約定價協議制度³⁹，由納稅人負舉證責任，並在移轉定價審查中，由納稅人負“正常交易”價格之舉證責任。有關部門並應配合對外商投資進行嚴格審查，是否與境外公司有關聯關係，以避免稅收之大量流失。

³⁸ 張亮，同前註，頁 42。

³⁹ 預約定價係指由納稅人向主管機關提出與其相關聯企業間業務往來之定價原則和計算方法，由主管機關審核、批准後，再與納稅人預先約定有關定價事項，監督納稅人執行。

第六章 結論

自 1970 年代我國政府大力推動自由化與國際化政策，逐漸放寬對外投資與外匯管制政策以來，許多台資企業為因應國內工資提高、土地價格高漲設廠土地取得不易，環境保護意識抬頭，經營環境日益艱困等因素，紛紛前往國外投資。又由於至 70 年代末期政府開放大陸探親與宣布解嚴等措施，許多台資企業轉而前往大陸地區投資。雖然政府對台商之大陸投資策略由最初之「台灣優先、全球佈局、互惠雙贏、風險管理」原則下，由「戒急用忍、行穩致遠」政策，改為「積極開放、有效管理」，但由於對台商赴大陸投資，仍有重重限制，另由於大陸積極吸引外資，對外資提供諸多“超國民待遇”，且由於境外法域對前往註冊之外資提供租稅優惠及資金股東保密等便利，許多台商便紛紛繞道境外法域，成立境外公司再前往大陸投資。此種「間接投資」之模式，對大陸之經濟發展雖甚具貢獻，且為台資企業開創了另一片天地，但此種投資模式亦為大陸帶來了許多問題，諸如稅收大量流失、國有資產被惡意購併淘空、內外資不平等競爭等。但由於境外公司之存在已有數十年之歷史，在國際經貿活動上，仍扮演舉足輕重之角色，有其不可抹煞之地位。雖然我國自馬政府執政後，對大陸投資之限制已逐步解除，但由於國防、產業及民意等因素，仍無法全面開放直接投資，例如投資仍有上限即是，因此在可預見之未來，台商以境外公司前往大陸投資仍將是一種無可避免之投資模式。因此吾人企盼兩岸政府應同步健全投資法令，我國台灣政府應統一制定對外投資法或對大陸投資法，並明文承認境外公司之法律地位，對台商以於第三地境外法域設立境外公司，以間接方式迂迴前往大陸投資，除不應予以限制外，最佳善策，尤應開放直接投資管道，以利管理。尤其朝野之間應建立互信與共識，基於平等互惠之原則，開放陸資來台投資，並訂定優惠獎勵辦法，在政策與法令上提供投資之保障。在法令規範下許可陸人來台經商投資，以開放之國際視野，平等對待同為中華民族，血脈相連之大陸同胞。大陸政府亦應將其三資企業法合併，統一制定一套體系完整之外資法，賦予內外資同等之法律待遇，健全其境外投資監管法令，對以境外公司模式從事大陸投資所產生之

內外資界限不明、“假外資”之現象、以惡意併購方式侵占國有資產、逃避稅收、規避上市公司資訊揭露規定，應從法制上予以防範。並應就改革開放三十年來之法治建設展開檢討，就加入 WTO 後之法治環境加以大力改善，以迎合現代國際投資之情勢。境外法域更應逐步健全其商務公司法，對資訊適度之揭露，並對惡意逃稅、洗錢提供防範之道，以彰顯境外公司之正面功能，防止其弊端。國際間更應訂定公約，對以設立境外公司從事洗錢犯罪、逃稅國家之國民，予以打擊或加以制裁，並對其資訊提供交流與互助。尤其兩岸更應儘早簽訂“投資保障協定”，對台商前往大陸投資或陸資來台，提供諸如人身財產資金使用平等互惠等保障，使兩岸之企業無後顧之憂，全力配合發展經濟，為兩岸之同胞創造無窮之福祉，是為吾人之至盼！



參考書目

一、中文

(一) 專書

1. 大陸

- (1). 于敏，日本公司法現代化之發展方向，北京社會科學文獻出版社，2004年。
- (2). 王貴國，國際投資法，北京大學出版社，2001年5月1版。
- (3). 王蕾主編，中國併購報告，人民郵電出版社，2007年5月1版。
- (4). 北京創天律師事務所編，外商投資法律查詢手冊，中國法制出版社，2003年10月1版。
- (5). 杜新麗，國際投資法，中國政法大學出版社，1996年8月1版。
- (6). 吳漢東主編，私法研究，第2卷，中國政法大學出版社，2002年9月。
- (7). 林毓輝，國際經濟法講義，法律出版社，2004年8月1版。
- (8). 孫曉潔，公司法基本原理，中國檢察出版社，2004年9月1版。
- (9). 高永富、張玉卿主編，國際反傾銷法，復旦大學出版社，2007年1版。
- (10). 張詩偉主編，離岸公司法理論、制度與實務，法律出版社，2004年8月1版。
- (11). 張慶麟主編，國際投資法問題專論，武漢大學出版社，2007年10月1版。
- (12). 董世忠主編，國際經濟法，復旦大學出版社，2005年12月1版。
- (13). 楊樹明主編，國際經濟法學，中國檢察出版社，2002年6月2版。
- (14). 劉劍文，財稅法學，高等教育出版社，2004年2月1版。
- (15). 關景欣，中國企業海外上市操作實務，法律出版社，2007年7月1版。

2. 台灣

- (1). 王文宇，公司法論，元照出版有限公司，2003年10月初版。
- (2). 王志誠，企業組織再造法制，元照出版有限公司，2005年11月初版。
- (3). 王志興、胡慧麗，海峽兩岸經貿仲裁論文集，中華仲裁協會，2003年2月1版。

- (4). 伍忠賢，企業購併聖經，遠流出版事業股份有限公司，2003年3月
- (5). 林嘉焜，境外公司與 OBU 操作的第一本書，宏典文化出版股份有限公司，2007年5月1版。
- (6). 林家亨，大陸投資優惠條件的法律效力探索，秀威資訊科技股份有限公司，2007年2月1版。
- (7). 易建明，國際投資法，翰蘆圖書出版有限公司，2002年3月1版。
- (8). 易明秋，公司治理，弘智文化事業有限公司，2003年7月初版。
- (9). 許錦福，海外投資的第一本書，實用稅務出版社股份有限公司，2003年12月1版。
- (10). 黃立、李貴英、林彩瑜，WTO 國際貿易法論，元照出版有限公司，2000年10月初版。
- (11). 黃偉峰，企業併購法，元照出版有限公司，2007年10月初版。
- (11). 張淵智，境外公司操作聖經，大樹林出版社，2005年11月1版。
- (12). 國際稅務規劃部著，境外公司操作聖經（實務篇），大樹林出版社，2007年3月1版。
- (13). 劉連煜，現代公司法，新學林出版股份有限公司，2006年8月1版。

(二)、期刊

大陸

1. 王君，國際稅收情報交換的最新動態與啟示，涉外稅法，2006年9期。
2. 王童，維爾京群島之避稅與反避稅，決策與信息，財經觀察，2006年1期。
3. 陳治東、趙運剛，論中國風險投資的法律制度，中國法學，2006年6期。
4. 陳袋松，析台灣對兩岸經貿關係設置的政策法律障礙，政治與法律，2001年1期。
5. 劉劍文、熊偉，國民待遇與外資稅收優惠政策之改革，中國法學，1993年2期。
6. 盧炯星，論完善外商投資法律制度，中國法學，1996年3期。
7. 盧炯星，加入 WTO 與我國外商投資法面臨的挑戰及對策，中國法

學，2000年4期。

(三)、學位論文

大陸

1. 王南，離岸公司的法律規則，吉林大學碩士論文，2006年4月。
2. 李苓，離岸公司國際避稅問題研究，西南政法大學碩士論文，2007年4月。
3. 南鐵鍵，國際避稅地法律問題研究，大連海事大學碩士論文，2005年3月。
4. 梁清，試論完善我國外商投資法的若干問題，湖南師範大學碩士論文，2002年5月。
5. 張亮，論離岸公司在我國涉外投資中的法律規則，首都經濟貿易大學碩士論文，2006年3月。
6. 張國敏，離岸公司法律監管制度研究，華東政法學院碩士論文，2007年4月。
7. 張錢，離岸公司國際避稅的法律規則研究，大連海事大學碩士論文，2005年9月。
8. 楊春梅，論離岸公司的法律規則，對外經濟貿易大學碩士論文，2006年9月。
9. 楊秀清，我國對離岸公司跨國投資監管中若干法律問題研究，華東政法學院專業碩士學位論文。
10. 蔣鳳蓮，論離岸公司的運用及監管，華東政法學院碩士論文，2007年4月。
11. 劉興康，境外間接上市法律監管問題研究，對外經濟貿易大學碩士論文。

二、政府出版品

1. 大陸

- (1). 國家經貿委企業改革司編，股份有限公司上市範本，法律出版社，2000年5月1版

2. 台灣

- (1). 王悅賢，大陸台商財經法令導覽手冊，行政院大陸委員會，民國95年2月1版。
- (2). 許光泰，台商大陸投資手冊，行政院大陸委員會，2006年2月1版。
- (3). 劉紹樑、葉秋英、蘇鴻霞，企業併購與金融改組，台灣金融研訓

院出版，2002 年 10 月。

三、網路資料

1. 經濟部投審會網址：

<http://www.moeaic.gov.tw>

2. 大陸商務部全球法規網：

<http://policy.gov.cn/intlaw/intlawonecountry.spx?cn>

3. 中國法院網：

<http://www.chinacourt.org/public/detail.php>

4. <http://www.fourmilab.ch/ustax/www/contents.html>

5. <http://www.economiclaws.net/tonggao/list.asp>



