



LI'AN GONGSI DE YINGYONG YU FALV GUIZHI

离岸公司的应用 与法律规制

基于我国公司集团的实证研究

JIYU WOGUO GONGSI JITUAN DE SHIZHENG YANJIU

马更新 / 著

本书结合读者熟悉的一些著名公司偶见报端的案例

对离岸公司在公司集团当中的各种运用进行了实证考察和分析

对离岸公司可能涉及的法律问题尽可能细化

提出规制路径

期冀能够为治理和规范离岸公司的合法运行提供有益的经验参考和立法建议

促使其为我国的经济发展发挥作用



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国政法大学青年教师学术创新团队资助
中国法学会部级法学研究课题成果

LI'AN GONGSI DE YINGYONG YU FALV GUIZHI

离岸公司的应用 与法律规制

基于我国公司集团的实证研究

JIYU WOGUO GONGSI JITUAN DE SHIZHENG YANJIU

马更新 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

离岸公司的应用与法律规制:基于我国公司集团的
实证研究 / 马更新著. —北京:法律出版社,2013.8
ISBN 978-7-5118-5223-6

I. ①离… II. ①马… III. ①公司法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 180076 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/胡艺芳

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/7.125 字数/180 千

版本/2013 年 8 月第 1 版

印次/2013 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5223-6

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

离岸公司作为规避管制动机和金融技术进步的产物,从孕育和诞生时起,就注定了其将面临在法律保护和限制的边缘游走的尴尬。世界各国在国内法中规定了不少针对离岸公司的特殊规制方式,而我国这方面的法律规范相对缺少,不成系统,更缺乏前瞻性。尽管在过去的若干年间,我国出台了一些法律、法规对离岸避税、间接上市、关联交易等问题进行规制,但是实践当中各种规避手段总是让法律措施相形见绌,让监管层在具体的工作当中面临很多的困扰。本书结合读者熟悉的一些案例,对离岸公司在公司集团当中的各种运用进行了实证考察和分析,力图按图索骥,提出规制的路径。

第一章,对公司集团和离岸公司的概念进行了界定。公司集团目前还不是法律概念,只是表明母公司与众多子公司之间的一种特殊联系,集团本身并非独立的法律主体,不具有法人地位。离岸公司是离岸地之外的投资者在离岸法域依据该法域的离岸公司法规范而注册成立的公司。在当前的经济活动中,离岸公司主要有以下方面的价值:(1)通过离岸品牌提升企业形象;(2)规避贸易壁垒,便于企业从事国际贸易;(3)利用本国对外资企业的优惠政策增加利润;(4)享受离岸地完善的金融服务体系;(5)通过税务筹划增加企业净利润;(6)利用离岸公司转移财产,维护财产安全;(7)利用离岸公司实现境外间接上市。其中最后3种是我国立法和司法中需要重点规

制的对象。

第二章,对实践当中利用离岸公司实现境外间接上市的行为进行考察,结合实际案例,探讨利用离岸公司的动机,并对其对我国可能造成的影响进行分析。境内企业境外间接上市主要有买壳上市和造壳上市两种方式。在买壳上市过程当中,离岸公司经常作为“曲线上市的优美拐点”而存在。在造壳上市过程当中,境内企业通常会设立数家离岸公司,有些离岸公司作为上市主体,有些则作为上市的连接点。笔者结合国美电器香港上市、海尔集团香港上市、金六福香港上市、华晨中国汽车纽约上市、蒙牛香港上市的案例,对离岸公司的具体作用进行了列举,并对其不当利用可能对我国经济造成的负面影响进行了分析。

第三章,对实践当中利用离岸公司进行避税的手段进行探讨。这些手段主要有:(1)充分利用离岸地的低税率进行避税;(2)利用国际税收协定避税;(3)利用“超国民待遇”进行避税。离岸公司在国际税收领域的广泛应用,对我国的影响是非常广泛的,积极的方面主要表现为使我国得以利用国际资本市场上的巨额金融资本而不至于过度加剧风险。消极的方面主要表现为:(1)大量税收利益流向离岸中心;(2)利用离岸公司关联交易避税造成我国大量资本外流,股东利益受损;(3)影响我国的外汇收支平衡。因此,有必要及时出台相关的措施,完善税收征管体制以及对离岸公司的监管机制:(1)完善关联关系的判断标准;(2)转移定价限制;(3)加强税收的征收管理;(4)给予内资企业、外资企业平等的待遇。

第四章,在对关联交易的原理、背景进行介绍的基础上,明确与一般情况下的关联交易相比,有离岸公司参与的关联交易属于跨国关联交易,更具复杂性、影响面广、监管难度大。实践中存在的有离岸公司参与的关联交易主要有以下类型:(1)金钱借贷;(2)以返程

投资为特征的股权转换型关联交易;(3)利益输送。其中,利益输送又表现为:关联产品的购销,笔者以新东方公司为例对此进行了说明;股利分配;关联资产租赁及费用转嫁;关联资产购买及置换,笔者以三一集团为例进行了说明;资金往来,以五粮液公司为例,很多资金往来的方式合法,手段隐秘,使公司的利益源源不断地向大股东输送。

第五章,对利用离岸公司间接上市以及进行关联交易的问题进行立法层面的分析和讨论。在利用离岸公司间接上市的法律监管部分,对我国已经出台的法律规定进行了梳理,结合实践,对法规存在的漏洞进行了分析。过去行政主体的干预手段更多地集中于行政管制,通过出台一系列的条文来对境内企业境外间接上市行为本身进行规范,而忽视了挖掘境内企业境外间接上市以及上市活动中各种违法违规行为的根源。境内企业之所以采取境外间接上市这一曲折的路径去融资,根源还是在于境内融资、境外直接融资面临太多的障碍。因此,对利用离岸公司进行间接上市行为的监管应该调整思路,监管层的工作重点应该集中于为境内企业融资提供可行的出路,而不是在企业已经选择的道路上“围追堵截”。关于利用离岸公司从事关联交易的法律监管,从商事组织法的角度来看,离岸公司与依照国内公司法所成立的公司并无实质上的差异。因此,对有离岸公司参与的跨国关联交易的监管也应主要放在公司法的范围内展开探讨,从防范其风险的角度提出一些建议,包括优化公司股权结构、完善大股东约束机制和中小股东利益保护体系、加强公司信息披露力度、加强对资本流动的监管等。

对于离岸公司这把“双刃剑”,如何对其正确认识、扬长避短、促使其发挥最大效用不仅是经济问题,同时也是一个十分重要的法律问题。因此,笔者尝试对离岸公司涉及的法律问题尽可能细化并建

议对其进行体系化的法律规制,规范离岸公司在合法运行的前提下,能够为我国的经济发展发挥作用,同时也能够为依法治理提供有益的立法实践经验。

目 录

第一章 公司集团与离岸公司的界定	/1
第一节 公司集团的法律界定	/2
一、公司集团的概念、特征	/2
二、公司集团控制权的实现	/5
三、公司集团的价值及其现实应用	/14
第二节 离岸公司的法律界定	/18
一、离岸公司的概念与特征	/19
二、离岸公司的价值及其现实应用	/21
第二章 离岸公司在企业境外间接上市中的应用	/29
第一节 境外间接上市的含义和特征	/30
一、境外间接上市的含义	/30
二、境外间接上市的特征	/31

第二节 我国境内企业选择境外间接上市的原因分析	/32
一、银行贷款	/33
二、民间借贷	/34
三、私募股权基金	/34
四、境内上市	/35
五、海外直接上市	/37
第三节 离岸公司在我国企业境外间接上市中的应用	/37
一、“壳公司”、离岸公司、上市主体的概念及相互关系	/40
二、离岸公司在境内企业“买壳上市”中的作用	/42
三、离岸公司在境内企业“造壳上市”中的作用	/57
四、离岸公司在境内企业境外间接上市中的作用总结	/70
第四节 间接上市过程中离岸公司的运用可能造成的负面影响	/74
一、资本外逃	/74
二、降低税收	/77
三、冲击外汇监管体系	/77
四、虚构外资企业身份,获得境内政策优惠	/79
 第三章 离岸公司在公司集团避税中的应用	 /80
第一节 利用离岸公司进行避税的各种手段及对我国的影响	 /81
一、利用离岸公司避税的各种手段	/82
二、离岸公司在税收领域的应用对我国的影响	/89
第二节 对离岸公司避税的法律规制	/91
一、完善关联关系的判断标准	/91

二、转移定价限制	/92
三、加强税收的征收管理	/95
四、给予内资企业、外资企业平等的待遇	/97
第四章 离岸公司在公司集团关联交易中的应用	/100
第一节 关联交易的概念和特征	/100
第二节 关联交易的类型	/106
一、关联交易的具体表现形式及学理划分	/106
二、实践中常见的关联交易类型	/107
第三节 离岸公司参与的利益输送	/112
一、关联产品的购销	/112
二、股利分配	/119
三、关联资产租赁及费用转嫁	/119
四、关联资产购买及置换	/120
五、资金往来	/122
第五章 离岸公司在公司集团中应用的法律监管	/124
第一节 对利用离岸公司间接上市的法律监管	/125
一、我国关于境内企业境外间接上市的立法演变	/127
二、规范境内企业境外间接上市的政策选择	/150
第二节 运用离岸公司进行关联交易的法律监管	/171
一、跨境关联交易的利弊分析	/172
二、利用离岸公司关联交易的法律规制	/174

结语 /207

参考文献 /212

第一章 公司集团与离岸公司的界定

公司集团是伴随着社会经济的发展而产生的组织,在全球范围内广泛存在,成为各国经济发展的主要推动力。如果说公司是人类社会的一项伟大发明,那么公司集团即是对这一伟大发明的重大改良。在过去的几十年内,我国大量公司呈现出集团化、跨国化的发展态势,公司集团如雨后春笋般涌现。与此同时,很多新的法律问题也由此产生,如利用公司集团逃避税收、从事非公允性关联交易、转移资产等。这些行为对公司集团的影响,从微观上说,是损害中小股东以及债权人的利益;从宏观上来说,它们还会破坏一国的税收征管体系,甚至造成国有资产的大量流失。但遗憾的是,到目前为止,我国《公司法》尚未对公司集团作出明确的定义,更无专门的规定对其中的法律问题进行规制,对公司集团的法律规制还停留在行政法规、部门规章的层次。在公司集团的国际化扩张过程中,离岸公司是一个不容忽视的角色。作为公司集团境外上市当中的重要拐点,离岸公司的存在使公司集团的控制权结构更加复杂,它为公司集团规避信息披露义务、逃避税收、转移资产和利润、从事关联交易等活动作了重要的铺垫。同时,也给我国相关机构的监管工作带来了巨大的挑战。同样遗憾的是,离岸公司目前尚未引起监管层的足够重视,相关的立法也几乎处于空白状态。

基本概念的正确界定是研究问题的起点。有鉴于此,笔者在本章对公司集团、离岸公司的概念进行界定、对二者的基本问题进行梳理,以期为之后章节的论述打下基础。

第一节 公司集团的法律界定

公司集团在社会实践中广泛存在,但是由于立法的“不承认”,公司集团目前还不是一个法律概念。实务当中公司集团的模式有多种,最主要的是股权控制和协议控制。这两种控制方式各有优劣,由此也将带来不同的法律问题。公司集团有其独特的价值,如果能够对其合法利用,那么将可以节约交易成本,提高公司运营的效率。但是实务当中对公司集团的利用却是五花八门,其中有些行为不免有非法利用之嫌,损害相关主体的利益。循此逻辑,笔者首先对公司集团的概念和特征进行分析,再对股权控制、协议控制这两种控制方式进行介绍,最后分析公司集团的价值。

一、公司集团的概念、特征

依据通常的定义,公司集团是指在统一管理下,由法律上独立的若干公司联合组成的团体。在公司集团中处于主导地位的为母公司或支配公司,公司集团的成员都属关联公司或称从属公司。我国《公司法》中并没有“集团”这个概念,只有有限责任公司和股份有限公司。因此,公司集团并非法律概念,是针对实践情况而出现的称谓。公司集团本身只能表明母公司与众多子公司之间的一种特殊联系,集团本身并非独立的法律主体,不具有法人地位。在此定义之下,笔者认为,公司集团具有如下特征:

1. 公司集团的核心是“控制”。公司集团由若干个独立的法人实

体构成,各成员之间必然有一个联系的纽带,使公司集团作为一个庞大的组织能够有条不紊地运作,这种核心纽带即是母公司对子公司的控制。这种控制可以分为直接控制与间接控制、完全控制与部分控制、单一控制与复合控制、单向控制与双向控制、行为控制与结果控制、股权控制与合同控制、法律控制与事实控制等类型。在此不做详细讨论。

2. 公司集团中的各个成员都是独立的法人实体。根据前面的定义,公司集团由若干独立的公司组成,每个公司是独立的法人实体,彼此依靠“控制”连接成为公司集团。这种模式突破了传统公司由自然人设立的局面,实际上成员公司的股东已经法人化了。由母公司(控股公司)投资创建子公司(受控公司),或者采用并购、三角合并等法律途径组建成公司集团。

3. 一人公司普遍存在。该特点是针对实践中大量存在的公司集团而言的。依照学理及法律的规定,公司集团中控股公司、成员公司的股东均既可以是一人,也可以是多人。在实践中,有大量的公司集团实际控制人只有一个自然人,成员公司的控股股东很多也是单一的。我国《公司法》第59条第2款规定,一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。因此,上述实际控制人是单一自然人的公司集团,往往是由作为控股股东的自然人设立一人有限责任公司,再由该公司作为投资者,与其他股东一起再设立公司,逐步将公司集团发展壮大。这种现象的产生,实际上是对我国《公司法》第59条的变通,该条规定在立法上的疏漏,为上述现象的产生提供了可乘之机。

4. 法人人格否认的广泛运用。依据公司法原理,公司是具有独立人格、独立财产,承担独立责任的法人实体,股东以其出资为限承担有限责任。但是随着时间的推移,法人制度在发挥着推动投资增

长和迅速积累资本作用的同时,也被股东用作逃避契约或法律义务,牟取非法利益的工具,并且这种现象相当普遍。解决这些问题,仅仅依靠原先的法人制度是不够的,因此我国立法者引进了西方的法人人格否认理论作为对传统法人制度的补充和完善,以实现法人制度设计的初衷。公司集团作为诸多法人的联合,彼此之间存在控制关系,依靠这种“控制关系”转移财产、逃避债务的情形屡见不鲜,给债权人权益带来了极大的损害和不稳定性。为此,法院在处理这类纠纷时,往往应用“法人人格否认”原理来对控股公司滥用法人独立地位的行为予以规制。公司集团也因此成为该项制度应用较为广泛的领域。

从上述关于公司集团的概念、特征中可以看出,各种公司集团存在很多共性,因此对公司集团进行分类时在寻找标准上存在一定的难度,以行业、地域等为标准,在研究公司集团中存在的法律问题时无多大探讨的空间,意义不够显著。在探讨公司集团的特征时,我们可以看到,公司集团存在的“黏合剂”是“控制”。任何的控制都是有前提、有依据的,这就涉及权利义务关系,并因此上升到了法律的高度。

关于“控制”,依据不同的标准,可以进行不同的分类:(1)依据实现控制的手段的不同,可以分为表决权控制、合同控制、其他控制;(2)在表决权的基础上,依据控制公司是否直接拥有受控公司的股份,可以分为直接控制与间接控制;(3)依控制的程度的不同,可以分为绝对控制与相对控制;(4)依据控制手段的多少,可以分为单一控制与复合控制;(5)依据控制公司与受控公司之间是否存在交叉持股,分为单向控制与双向控制;(6)依据是否存在借助于股权的控制或者合同控制,可以分为股权控制与合同控制,合同控制也即通常所说的协议控股。以上六种方式从不同的角度对公司集团中“控制”的类型进行了分类,其中第一种和第六种是较为通常的分类,且涵盖面

广泛,涉及的法律问题最多。这两种分类实际是有异曲同工之处的,基于表决权的控制与股权控制密不可分,但是股权控制的外延是大于表决权的。由此,笔者之后的探讨将围绕第六种分类,即股权控制与合同控制来展开。

二、公司集团控制权的实现

(一) 股权控制

股权控制是传统公司法上将母子公司连接在一起的桥梁。母公司通过掌握子公司一定比例的股权,从而在一定程度上影响子公司的生产经营活动。从我国《公司法》的规定来看,关于股权控制的规定主要见于第14条第2款:“公司可以设立子公司,子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任。”该项规定是我国公司集团当中母、子公司之间股权控制关系以及子公司独立法律地位的主要依据。母公司对子公司的股权控制,本质上是母公司对子公司表决权的控制。早期的公司法理论对母公司的理解主要是从资本控制的角度来展开的,并依据单纯的数量标准构建了资本多数决原理,认为持股超过公司股份总数的50%便可以对子公司进行决定性控制。^{〔1〕}但是随着股权的日益分散化,母公司对子公司施加影响并不需要持有子公司50%以上的股份,且母公司对子公司的控制也可以突破股权的限制,代以协议控制等方式。这些方式在境内企业境外上市当中的应用更为广泛。

在股权控制模式之下,我国公司集团的架构主要表现为3种类型:

1. 直线型:最为常见、普遍的架构

直线型状态是最简单、最基本的公司集团架构,在这种模式下,

〔1〕 陆志虹:“集团公司股权控制法律问题研究”,载《法学研究》2011年第10期。

如图 1-1 所示,由 A 公司控制 B 公司,B 公司控制 C 公司,如果没有特殊要求,这个直线还可以无限制的延长下去,当然中途也可以有其他的主体加入,比如有其他的股东与 B 公司一起控股 C 公司。



图 1-1 直线型集团公司架构

实践中存在的类似的架构:

(1) 杭州现代联合投资有限公司控股杭州天目药业,天目药业又投资控股天目保健品有限公司。其控股结构如图 1-2 所示:

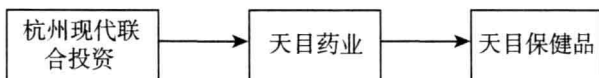


图 1-2

(2) 远东股份控股北京远东网络安全研究院,北京远东网络安全研究院控股北京锦华瑞欣科技发展有限公司。其控股结构如图 1-3 所示:

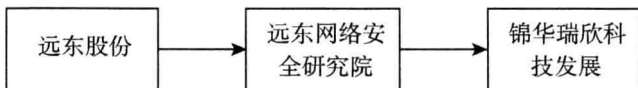


图 1-3

2. 基本金字塔形:也较为简单、常见

在该种架构之下,终极控制公司控制的子公司的数量超过一个,每个受控公司控制的下一层的受控公司的数量也都在一个或者一个以上(如图 1-4 所示)。

实践中存在的类似架构如创智集团控股创智信息科技股份有限公司和创智实业有限公司,创智信息科技股份有限公司又控股创智软件园有限公司和创智信息系统有限公司,创智实业有限公司控股创智信息科技股份有限公司和湖南创智数码科技股份有限公司。形成了图 1-5 所示的架构: