

公司法中的 外国公司法律问题研究

赵磊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

公司法中的 外国公司法律问题研究

赵磊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司法中的外国公司法律问题的研究 / 赵磊著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-0945-7

I. ①公… II. ①赵… 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(2017)第 108376 号

公司法中的外国公司法律问题的研究
GONGSIFA ZHONG DE WAIGUO GONGSI
FALU WENTI YANJIU

赵磊著

策划编辑 刘晓萌
责任编辑 刘晓萌
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社
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

编辑统筹 财经出版分社
开本 A5
印张 8.625 字数 230 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0945-7

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

“外国公司”一词经常在各种场合、各个层面被人们提及,不但现代社会中人们的生活与形形色色的外国公司密不可分,^①而且一个国家的经济发展、政治安全甚至军事国防等重要领域也无处不在地闪现着外国公司的“身影”。从世界范围来看,外国公司已成为各国经济发展的重要推动力量,因此,任何一个国家的法律都无法忽视这一现象的存在。无论是作为发展中国家的中国改革开放 30 年的高速发展,还是第二次世界大战后的德国、日本

^① 2005 年 12 月 20 日,美国女作家 Sara Bongiorni 在 *The Christian Science Monitor*(《基督教科学箴言报》)上发表文章“A year without Made in China”,在中美两国引起较大反响,讲述了一个美国家庭抵制“中国制造”一年的生活,结果是“China-free living has been a hassle”(没有中国制造的生活一团糟)。载 <http://www.csmonitor.com/2005/1220/p09s01-coop.html>,最后访问日期:2017 年 5 月 11 日。

等国家的崛起,都离不开外国资本与外国公司的作用。外国公司在不同国家(地区)的法律地位不尽相同,究其原因,除了各国在法律体系与传统上的不同之外,更为重要的是,各国对待外国公司的立法态度、公共政策、政治体制等方面有诸多差异。

自 20 世纪 90 年代开始,通过在中国香港特别行政区、英属维尔京群岛、开曼群岛、百慕大群岛等地注册离岸公司,再通过离岸公司返回中国内地设立外商投资企业或实现境外上市和海外收购已经成了不少内地企业间公开的秘密。众多的国有企业(如中国银行、中国电力、中国移动、中国联通、中国网通、中石油)以及几乎所有的国际风险投资与私募并购基金和众多民营企业(如新浪、网易、搜狐、盛大、百度、碧桂园、阿里巴巴)几乎无一不是通过在离岸金融中心设立离岸控股公司的方式而实现其巨大的成功和跨越。这些公司无一不是以“外国公司”的性质在我国以“民族企业”的面貌出现,其中,有的只是借助外国公司的外衣实现在如美国纳斯达克、中国香港特别行政区联交所等资本市场上市需要,而有的则是打着外国公司的幌子在我国寻求或者获取外资企业在税收、资源占有等方面的利益。

随着我国改革开放的不断深化和经济全球化趋势的不断强化,我国与世界各国之间的经济联系愈加紧密。越来越多的外国公司进入中国,或是在我国设立代表处、办事处,或是设立分公司,在华开展业务。截至 2016 年,外商投资在华设立的研发机构超过 2400 家,外商投资企业创造了我国近 1/2 的对外贸易、1/4 的工业产值、1/7 的城镇就业和 1/5 的税收收入,对经济社会可

持续发展的促进作用进一步增强。^①由此可见,外国公司已经在我国国民经济中发挥着重要作用,外国公司在华的经济活动不仅强化了我国与世界各国的经济联系,而且将先进的技术和管理经验引入我国,推动了我国经济结构的转型升级。在一定程度上,外国公司大量涌入中国,是我国外向型经济发展的重要体现。然而,外国公司进入中国也是一把“双刃剑”,其所带来的不仅是对外经济联系的强化,而且带来了一系列的问题与弊端。部分外国公司利用国内法制的漏洞,盲目追求利润最大化,漠视企业社会责任,造成了极为恶劣的社会影响。例如,2011年一些城市的部分沃尔玛超市和家乐福超市存在虚构原价、低价促销吸引顾客以及高价结算、不履行价格承诺、误导性价格标示等欺诈行为。丰田公司于2010年数次对雷克萨斯、皇冠等8款有缺陷的汽车实施全球召回,主要问题包括发动机进/排气门弹簧缺陷,但未包括中国市场。^②为了获取税收优惠,降低企业运行成本,不少国内企业在境外“避税天堂”成立公司,采取迂回的方式开展业务,造成了国家税收的严重损失,也使“假外国公司”与“假外资公司”的泛滥成为一个十分严重的现象。还有部分外国公司进行恶意资本运作,试图借助炒作金融资本市场的方式谋取暴利。如何强化对外国公司的资金监管,避免外资的不正常流动,保障我国金融安全,成为一个必须直面的重大课题。

面对外国公司与外资企业蓬勃发展的态势,我国已经出台了

① 参见罗兰、陈芳颖:《中国对跨国公司“引力”不减》,载《人民日报》(海外版)2016年1月22日,第2版。

② 参见《我会发布〈2011·跨国公司社会责任问题报告〉》,载中国国际跨国公司促进会官网:<http://www.cicpmc.org/detail.asp?id=3379&Channel=2&ClassID=14>,最后访问日期:2017年5月11日。

一系列立法文件,主要包括《公司法》《外资企业法》《外资企业法实施细则》《外资银行管理条例》《外国企业常驻代表机构登记管理条例》《外国(地区)企业在中国境内从事生产经营活动登记管理办法》《国家工商行政管理总局关于规范外国公司分支机构名称的通知》等。涉及外国公司与外资企业的设立要求、公司章程、名称规范、组织机构等方面的内容,在相当程度上规制了外国公司与外资企业在华的经营行为,保障了我国经济领域的正常秩序和有效运转。然而,既有规范失之于简单和粗略,尤其是在涉及外国公司的相关领域,立法层级过低,立法碎片化的问题较为突出,法律漏洞与法律空白的现象较多,外国公司的诸多法律适用问题仍然处于悬而未决的状态。尤其是在外国公司的认定标准、准入机制、监管制度、撤离制度等方面,规则较为模糊等问题。这显然无法满足外国公司蓬勃发展对相关监管规则的需要。在此背景之下,强化对外国公司基本问题的研究,为司法实践提供一整套清晰合理的解决方案,规范外国公司在华的经营行为,做到趋利避害,防范风险,便具有很强的实践意义和理论价值。

本书在结构上,主要由外国公司人格的法律分析、外国公司的准入制度、外国公司在内国的社会责任、刺破外国公司的面纱、外国公司的监管、外国公司的撤离六章组成。

第一章为外国公司人格的法律分析,这一章主要阐释外国公司的基础理论问题。在学理上,对外国公司法律人格的承认构成了外国公司在内国有效开展业务的前提性条件。本章首先回顾了公司人格的历史演变,指出公司的独立人格主要体现在独立的组织、独立的财产、独立的责任³方面。对于公司而言,其法律人格的取得主要取决于注册地法律的规定。公司住所构成了公司人格的核心要素,对此,我国立法采取的是住所地与登记地一致

的原则。然而,我国公司法采取的模式具有较强的行政管制色彩,应当允许公司享有自主选择公司住所的权利。离岸公司在法律人格上表现出较强的特殊性,其无法在注册地开展业务活动,在税收上则被视为非居民纳税人。因此,其法律人格与税收人格在一定程度上实现了分离。对于外国公司的设立标准而言,主要存在注册地标准、住所地标准、实际控制标准等,一般而言,只有当公司注册地和住所地均处于我国境外时,才能认定该公司属于外国公司的范畴。在权利能力方面,外国公司通常具有缔结合同、参与民事诉讼等方面的能力。

第二章为外国公司的准入制度。外国公司进入中国开展业务必须经过承认与许可两大步骤。对外国公司的承认,是指内国对非依内国法成立的外国公司的民事主体资格予以认可,是外国法律制度下特定事实状态之法律效果得以延伸到内国的制度,是对外国公司基本人格和基本民事能力的承认。外国公司的承认包括国际立法与国内立法两种方式。而外国公司的许可是指对外国公司在内国从事经常性及持续性业务之许可或从事其他活动进行特别审查,从本质上来讲是指外国公司在内国从事营业活动的营业许可和市场准入问题。外国公司享有一定的担保能力、转投资能力和捐赠能力,但外国公司进行上述活动时,必须严格遵循法定程序,不得损害资本充实原则,必须符合公司经营的目的和宗旨。为保证国家经济安全,各国普遍对外国公司准入的行业领域进行限制,随着我国对外经济开放趋势的不断强化,限制外国公司进入的行业领域逐步缩小。在上海自由贸易区实践中,我国采取了负面清单的管理模式,除清单明确禁止或限制的领域外,外国公司原则上可从事其他领域的经营活动。由于资本市场的特殊性,各国普遍对外国公司进入资本市场采取特殊规则,在

我国,这一问题突出表现为红筹股回归和国际板建设两个方面。

第三章为外国公司在内国的社会责任。公司的社会责任,是指公司在创造利润、对股东和员工承担法律责任的同时,还要承担对消费者、社区和环境的责任。公司社会责任是对传统民法中的意思自治、等价有偿原则的矫正和补充。公司社会责任理论基础包括经济力量理论、利益相关者理论、公司公民理论等。外国公司在内国的社会责任主要包括环境、产品流通、生产和交易、社区等领域。外国公司应当承担一定的环境责任,以防止环境污染,促进生态平衡。外国公司必须尊重消费者的权益和需求,确保商品质量,尊重消费者习惯,维护消费者权益。外国公司必须尊重员工的合法权益,给予员工相应的报酬和保障,尊重并维护员工参与公司治理的权利。外国公司必须奉行诚实信用的原则,不滥用法人人格,准确披露企业的相关信息,维护债权人的合法权益。外国企业应当积极参与并资助社区公益事业和公共工程项目建设,协调好自身与社区内各方面的利益关系。在外国公司社会责任实现机制上,应当采取外国公司自愿实施与监督机制并举的方针。一方面,要求外国公司制定内部的行为规范;另一方面,外国公司还应当采取监督和检查措施,保障相关规则的有效实行。在内国法律层面,还应当完善强制实施与激励的制度,将部分道德义务引入法律领域,强化司法救济力度,提升相关制度的可诉性。

第四章为刺破外国公司的面纱。“刺破公司面纱”又称公司法人人格否认制度,是指在股东滥用公司独立人格和有限责任的情况下,在个案中否认公司的独立人格,责令股东对相关公司债务承担连带责任。对于外国公司而言,“刺破公司面纱”须以内国法对外国公司民事主体地位予以承认为前提。在实践中普遍

存在“假外国公司”的情形。“假外国公司”是指本国投资者为获取不正当利益,在境外投资设立的实际管理机构和主要业务均在本国的外国公司。“假外国公司”的出现严重扰乱了正常的市场秩序,造成了国家税收的重大损失。在域外,有的国家采取控制主义与住所地主义的双重标准对假外国公司进行规制。本书认为,为了更好地实现对“假外国公司”的有效规制,可以借助“刺破外国公司面纱”的制度,要求背后的股东承担连带责任,以更好地保障债权人的合法权益。

第五章为外国公司的监管。与内国公司相比,外国公司并非根据本国法设立,其运营中心也处于本国国土之外,而外国公司的运营活动、业务行为往往与国家的政治经济安全息息相关,因此必须强化对外国公司的监管,以保障债权人的合法权益,维护国家正常的经济秩序。对于外国公司的监管包括事前监管、事中监管、事后监管等方面。在具体制度上,各国普遍采取代表人制度,通过代表人来实现对外国公司的有效监管。各国法律普遍规定,代表人应在国内具有住所,同时应当具备公司董事、监事、高级管理人员所要求的相应任职资格,与此同时,代表人对公司负有忠实和勤勉义务,必须恪尽职守,不得以权谋私。此外,还应当强化外国公司的信息披露义务,以便交易相对人充分了解外国公司的相关情况,切实保障交易安全。从具体制度来看,信息披露制度包括准入阶段的信息披露制度、存续期间的定期披露制度和交易中的披露制度等。为了保障国家金融体系的安全,必须强化对外国公司的资金监管,最大限度地防止恶意撤资事件的发生。对于金融机构等特定类型的外国公司,应当建立最低运营资金限额、财务会计监管等制度,确保储户的利益不受侵害。

第六章为外国公司的撤离。外国公司的撤离是指外国公司

撤销内国的分支机构,停止在内国从事经营活动的行为。与公司终止不同,外国公司的撤离并不导致法律人格的消灭,但是为了保障债权人的合法权益,外国公司的撤离在程序要求上必须参照适用内国公司消灭的相关程序性规定。外国公司的撤离原因多种多样,大体包括外国公司的被迫撤离与因外国公司自身原因产生的自愿撤离两类。外国公司被迫撤离的原因包括外国公司在内国违法经营或交易、外国公司未营业或无故歇业、外国公司未经合法程序而营业等。因外国公司自身原因产生的自愿撤离包括外国公司的解散、外国公司的破产、外国公司决定撤离等事项。无论是自愿撤离还是被迫撤离,外国公司的撤离必须经历清算程序,该程序进行的目的在于保障债权人、雇员等相关主体的利益,防止外国公司恶意撤离给内国经济造成严重损害。在程序上,外国公司撤离清算原则上适用内国公司解散清算的程序,一般经历选任清算人、通知债权人申报债权、制订清算方案、办理撤离登记等步骤。在债权清偿顺序上,外国公司的撤离清算须遵循的顺序为:首先应当支付清算产生的费用;其次应当支付职工工资和相关费用;再次支付所欠税款;最后清偿普通债权。在清算程序开始后,外国公司在内国法上的法律人格仍然存续,但其法律人格仅限于清算的目的范围之内,不得从事其他营利性活动。

目 录

第一章 外国公司人格的法律分析/1

第一节 公司人格的历史演进/1

一、从合伙到 Commenda——个人人格
到团体人格进化/2

二、特许公司——公司法人人格的确立
/6

三、成文法规制——公司法人人格的
规范化/9

四、有限责任——公司法人人格的根本
/11

第二节 公司人格与公司注册地的关系/15

一、公司法人人格的取得赖于公司注册
地的法律规定/15

二、公司住所——公司人格的必备要素
/16

三、公司住所的确定/18

四、离岸公司——法人人格与税收

人格的分离/19

第三节 外国公司的界定/25

一、外国公司的认定/25

二、美国的外州公司与外国公司

——以特拉华州为例/28

三、跨国公司/30

四、欧共体公司/31

第四节 外国公司的权利能力/32

一、外国公司权利能力的性质/32

二、外国公司权利能力的取得/35

三、外国公司权利能力的范围/36

第二章 外国公司的准入制度/39

第一节 外国公司的承认与许可/39

一、外国公司的承认/40

二、外国公司的许可/45

三、我国外国公司承认与许可制度

评析与立法完善/49

第二节 外国公司的公司目的与公司

权力/53

一、外国公司的公司目的/53

二、外国公司的公司权力/60

第三节 外国公司准入的行业限制/67

一、外国公司准入的行业限制及其

必要性/67

- 二、外国公司准入行业限制的立法模式
与规制方法/68
- 三、外国公司准入行业限制的领域/69
- 四、我国对外国公司准入的行业限制/70
- 五、我国外资准入审批制度的完善/71
- 第四节 特殊领域外国公司的准入:以资本
市场为例/72
 - 一、纳斯达克市场上的外国公司准入
问题/72
 - 二、中国香港特别行政区联交所的境外
公司准入问题/74
 - 三、资本市场上的外国公司准入问题/76
 - 四、红筹股回归与我国资本市场国际板
的建设问题/76

第三章 外国公司在内国的社会责任/84

- 第一节 外国公司在内国社会责任的伦理
基础/84
 - 一、公司社会责任的起源/84
 - 二、公司社会责任的理论基础/87
 - 三、外国公司在内国承担社会责任的伦
理基础/93
- 第二节 外国公司在内国承担社会责任的
法律基础/95
 - 一、英美法系内国公司承担社会责任的
立法简介/95

二、大陆法系内国公司承担社会责任的

立法简介/100

三、外国公司社会责任的法律根据/108

第三节 外国公司在内国的社会责任

领域/109

一、环境领域/109

二、消费者保护领域/112

三、职工与债权人保护领域/115

四、社区领域/117

第四节 外国公司社会责任的实现机制

/119

一、外国公司的自愿实施与监督机制/119

二、内国法律层面的强制实施与激励

制度/122

第四章 刺破外国公司的面纱/128

第一节 “刺破公司面纱”制度概述/128

第二节 刺破外国公司面纱的适用/140

一、刺破已被承认的外国公司面纱/141

二、刺破未被承认的外国公司面纱/141

第三节 对“假外国公司”和“假外资

公司”的规制/142

一、“假外国公司”与“假外资公司”/142

二、“假外国公司”的规制/148

第四节 “假外资公司”面纱的刺破/151

第五节 “刺破公司面纱”与总分公司/161

一、外国公司与其分支机构的关系/161

二、“刺破公司面纱”之适用于“假外国公司”的可行性/166

第五章 外国公司的监管/170

第一节 对外国公司分支机构代表人的
监管/170

一、外国公司分支机构代表人的制度
意义/176

二、外国公司分支机构代表人的条件/180

三、我国对外国公司分支机构代表人的
监管/182

第二节 外国公司的信息披露/189

一、准入阶段的信息披露/193

二、存续期间的定期披露/194

三、交易中的披露/196

第三节 外国公司的资金监管/198

一、普通外国公司的资金监管/199

二、金融类外国公司的资金监管/201

第六章 外国公司的撤离/205

第一节 外国公司撤离概述/205

一、外国公司撤离原因及概念/205

二、外国公司撤离的特征/211

三、外国公司的撤离种类/212

四、外国公司撤离与“三资企业”的撤离
/214

第二节 外国公司的被迫撤离/217

一、内国强制外国公司撤离/217

二、外国公司自身原因产生的撤离/221

三、我国外国公司被迫撤离制度的完善
/224

第三节 外国公司的自愿撤离/225

一、外国公司自愿撤离的类型/225

二、我国外国公司自愿撤离的实践/228

第四节 外国公司的撤离清算/229

一、外国公司的撤离清算概述/229

二、外国公司的撤离清算程序/230

三、外国公司撤离清算时的法律地位/235

结 论/240

参考文献/248