

OFCs及其SPVs 在中国的实际应用 及法律规管

近年来，中国一直依靠出口、投资和消费三驾马车中的出口和投资来推动经济引擎的发展，并且取得了举世瞩目的成绩。但2011年或许已成为一个拐点，因为发达经济体的衰退抑制了出口，国内收紧货币政策勒住了“投资”（特别是房地产投资）的发展缰绳。

与出口和国内投资比较而言，中国2011年前10个月吸收外商直接投资（Foreign Direct Investment，简称“FDI”）的情况还算不错，保持了平稳增长。据来自中国商务部的统计，2011年1-10月，全国新批设立外商投资企业22368家，同比增长5.6%；实际使用外资金额950.12亿美元，同比增长15.86%。

对华投资前十位国家/地区（以实际投入外资金额计）依次为：香港、台湾省、日本、新加坡、美国、韩国、英国、德国、法国和荷兰，前十位国家/地区实际投入外资金额占全国实际使用外资金额的91.42%。其中，香港稳居对华FDI的首位，投资总额共计623.63亿美元，超过65%。当然，流向中国的这些FDI资金很多都是通过BVI、开曼群岛、萨摩亚、毛里求斯和巴巴多斯等OFCs进入的。

不断发展、更新的 法律规管

针对FDI，中国修订了《外商投资产业指导目录》，新修订的目录主要鼓励外资投向高端制造业、高新技术产业、现代服务业、新能源和节能环保等产业，同时严格限制两高一低类（高投资、高消耗、低效率）的项目，鼓励外资企业在华设立地区总部、研发中心、采购中心、财务管理中心、结算中心以及成本和利润核算中心等功能性、总部性的机构，鼓励中外企业加强研发合作。

在区域发展上，中国将积极引导外资向中西部转移和增加投资。此外，利用外资方式也将进一步多元化。例如，中国支持A股上市公司引进境内外战略者，规范外资参与境内证券投资和并购，支持符合条件的外商投资企业境内公开发行股票和发行企业债券等，加快推进利用外资设立中小企业担保公司的试点工作，鼓励外商投资设立创业投资企业等。

新修订的《外商投资产业指导目录》已经于2012年初正式公布，主要通过引导FDI的流向来帮助中国实现经济结构的调整。与FDI相呼应，值得注意的是，2011年前10个月中国企业和资金在“走出去”方面的力度也不小。根据统计，2011年1-10月，中国境内投资者共对全球130个国家和地区的2733家境外企业进行了直接投资，累

计实现非金融类对外直接投资462.5亿美元，同比增长14.1%。

正是由于有如此庞大的跨境资金流入和流出，中国国家税务总局（State Administration of Taxation，简称“SAT”）对跨境税收的监管和征收力度也相应加大。

2011年3月28日，SAT颁布了2011年第24号公告——《关于非居民企业所得税管理若干问题的公告》（以下简称“24号公告”），就非居民企业所得税管理的若干问题作出了规定。其中，最引人注意的“24号公告”第六条对“698号文”（即，《国家税务总局关于加强非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》，又称“698号文”）中一些颇具争议的基本术语或概念（包括：境外投资方、实际税负、不征所得税）进行了解释和澄清，为“698号文”提供了可供实际操作的具体指引，有利于企业明晰有关境外股权转让申报细节和所需文档。

但我们也可以看到，“24号公告”仍存在一些未尽“公告”之处，比如它并没有明确提到，非居民企业在分期付款方式下是否应像“698号文”第二条所规定的，自合同、协议约定的股权转让之日起7日内，到中国当地税务局申报缴纳企业所得税。

2011年5月20日，中国国家外汇管理局针对跨境投资发布了《境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资

外汇管理操作规程》（简称“19号文”），且于2011年7月1日已正式实施。

“19号文”承接“75号文”（《关于境内居民通过境外特殊目的公司境外融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》）进一步明确了“75号文”的管理原则和适用问题，成为特殊目的公司外汇登记的最新操作规程。

如果境内居民没有按照“19号文”规定办理境外投资外汇登记，将会存在很大的法律风险。比如，境内律师将无法出具干净的法律意见书；境内返程投资企业和境外实际控制人将会被追究逃汇责任，处以罚款；另外，境外上市后出售股票收益不能合法合规地汇入中国境内结汇，同时股东也可能要承担偷逃个人所得税的法律责任。

比如在2011年5月11日纳斯达克上市前一天，世纪佳缘却不得不临阵修改招股说明书，因为其在境内开展业务的两大子公司之一北京觅缘信息科技有限公司未能如期取得国家外汇管理局审批的外汇登记证，致使世纪佳缘未能按照中国法律在2011年4月25日之前完成对北京觅缘人民币99万元的首次出资（Initial Capital Contribution）。

说到跨境投融资或上市，不得不提的就是中国概念股的境外集体暴跌（特别是在美国因会计问题被做空机构做空）的问题。2011年，有几十家在美国上市的中国公司被摘牌，很多在美国、



加拿大和香港的上市中国公司审计师提出辞职或曝光审计对象的财务问题，20多家在美上市中国公司遭停牌或摘牌，比如，360、分众传媒等公司都遭到做空、股票暴跌。

出问题的中国概念股，大多是通过反向收购在美国上市的。反向收购，简单说来，就是一家私人公司通过收购一家已上市公司足够数量的股票，从而实现借壳上市。它的好处一是比首次公开募集(IPO)的上市费用更低、速度更快；二是可以规避美国证交委对IPO的更为严格的监管要求。

由于中国概念股和阿里巴巴股权之争，VIE架构在业界引发了热烈的争论。2011年9月1日刚刚生效的《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》(2011年53号)，对信托、代持、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制(包括VIE)、境外交易等予以了明确的规管，更是引发外商投资限制类企业和境外PE的焦虑和不安。

目前，中美两国的监管者正加紧合作协议的商谈，将财务造假中的重要一环——会计师事务所，纳入跨境联合监管范围。一份《会计监管对等协议》预计将很快敲定。

在新年来临前的2011年12月13日-14日，中央经济工作会议在北京紧锣密鼓地召开，这是10年来最迟召开的一次中央经济工作会议。之所以会拖到“最迟”也从一定程度上反映了国际和

国内形势的复杂性及其对来年经济发展的影响。最终，中央经济工作会议对2012年的经济定调是保持“稳健”货币政策和“积极”财政政策，可以说政策方向没有大的变化，只是进行了微调。

中国：全球视角下的展望

OFCs及其SPVs是什么？对于这个话题，想来大家都不再陌生，因为无论您是提供专业服务的专业人士(律师、会计师、银行从业人员、公司服务提供商)还是普通的企业家，都或多或少地有一些了解，并将其应用于日常的业务中。

事实上，我们曾在《宏杰季刊》(2010年秋季刊)的“国际视野中的公司架构规划”一期中对OFCs及其SPVs有过入门级别的介绍和分析。当然，该期杂志主要是从公司架构规划的角度加以展开的，更多地着眼于概念的介绍、认知的廓清以及公司架构规划中的香港公司的利弊等方面，理论较应用为多。

但在本期的《OFCs及其SPVs的实际应用》一文中，我们将从理论落到实处，主要为您介绍在跨境投资、跨境交易、跨境融资上市以及税收筹划等领域中有哪些OFCs和SPVs可以为您所用？不同的商业目的该如何选择与之相

匹配的OFCs及SPVs？最为重要的是，在实际应用中，又分别有哪些特别需要注意的地方？

而这些，我们都将在接下来的篇幅中通过案例研究的方式与您一一分享，希望能够为您的日常工作和实际业务带来一些可供参考和借鉴之处。

OFCs及其SPVs在中国应用的基本原则

在一些“外行人”的眼中，他们可能会认为OFCs就是一些低税率或零税率的司法管辖区，所谓的SPVs也不过是一些空壳公司，注册容易、费用低、管理方便，没有什么技术含量。俗话说，外行看热闹内行看门道，这些“外行人”的感性认识也不能说完全不对，但的确非常地表面化、粗线条。

事实上，正是因为OFCs及其SPVs被广泛地应用于跨境投资、跨境融资/上市、税收规划，持有特别资产和全球资产管理等领域，其往往牵涉到多个(有的甚至多达几十个)司法管辖区。三里不同风、五里不同俗，风俗尚且如此，更不用不同司法管辖区的法律法规、金融工具和法律安排方面的巨大差异了。

因此，OFCs及其SPVs远非外行人在门外所看到的那么简单，相反非



方块知识八

用作持有特别资产

资产因其种类、性质和风险的不同，持有方式亦各异。对于一些比较特别的资产，最好是由设立于特定司法管辖区的特定SPV来持有，也就是所谓的“特殊目的工具”。尽管大多数情况下，SPVs持有特别资产是为了避税，但却又并不完全在于利用低税率进行避税。比如，巴哈马公司以被用作轮船航运注册而闻名于世，而白慕大、开曼群岛和美国的佛蒙特州则主要用作专属自保。正是因为过于专业化、小众化，有些司法管辖区（像佛蒙特州）甚至不为大众所知。



常错综复杂。之所以外行人会存在误解，并不难解释：

一方面，跨境法律本身非常复杂，穷一人或一家公司之力很难成为“全球”专家；另一方面，法律法规和信息更新往往存在滞后性，且世界上存在普通法系和大陆法系两种完全不同的法律体系，信息不对称随之产生。此外，也不排除一些外行人受了“专业”的桎梏，他们并非不专业，恰恰是因为太专注于本土经验，反而对OFCs及其SPVs等跨境内容有所隔阂。

举个例子吧。假设某注册在香港的公司收购了一间英国公司后，该香港公司将其所有运营甚至公司总部都搬迁至英国。从表面上看，所有运营都搬到

英国，可以更方便地开展公司的日常操作。但殊不知，尽管该香港公司注册地是在香港，英国税务机关却会因该公司实际运营“在英国”，从而对该香港公司的收入在全球范围内征税。

但无论 OFCs 及其 SPVs 如何复杂，也不管它们用作何种商业目的，通常我们都需要从三个不同的层面来考虑、选择和安排相应金融工具。（详见方块知识九—选择SPVs的考虑因素）

公司架构中的OFCs及其SPVs

现在，我们来看一下，在公司架构规划中，该如何选择OFCs及其相应的SPV？

对公司架构进行规划的目标很多。有时是为了税收考虑，有时则是在法律合规范围降低成本，还有时候是为了防范商业纠纷或确保商业合同的顺利履行。在首次公开募股（Initial Public Offering，简称“IPO”）过程中，上述种种目标都将会被认真考虑，并成为整个上市筹划过程中的重要组成部分。下面，我们就来了解一下税收筹划。

近年来，避税丑闻不断曝光，法律要求也随之日益严格，跨国公司（Multi-National Companies，简称“MNC”）为了满足相关法律要求，其商业成本也显著增加。因此，这些跨国公司也自然而然地尽可能将商业运营转移到规管要求较低的司法管辖区。

举例来说，假如公司仅仅想通过中间控股公司控制其所有服务公司，且该司法管辖区要求提供审计报告和周年申报，这样的公司架构既繁重，成本又高。从这个角度来讲，BVI公司比香港和新加坡公司更具优势，而这也是BVI公司风行一时的原因所在。



方块知识九

选择SPVs的考虑因素

从三个不同的层面来考虑、选择和安排相应金融工具

1) 司法管辖区层面 - 司法管辖区的选择本质上就是选择该司法管辖区的法律体系。基本上,大部分适用SPVs的司法管辖区都是以英国普通法为基础,它们都将英国作为其“母法”和蓝本。比如, BVI、萨摩亚、特拉华、开曼群岛、百慕大、香港、纳闽岛、毛里求斯、巴拿马、塞舌尔、新加坡、泽西岛、根西岛、卢森堡、列支敦士登、荷兰等。相比较而言,中国和法国适用大陆法系,且税务非常复杂,不适合用作SPVs。又如,从前苏联分离出去的国家,他们的法律体制不稳定,也不适合用作SPVs。此外,一些对资金流动有限的国家,比如马来西亚(纳闽岛除外)也不能用来作SPVs。

也有一些OFCs并非以英国普通法为基础,但这些OFCs往往比较单一,只针对某一行业或领域提供商业服务。如巴拿马以专门提供船舶航运公司注册而闻名于世。

2) SPV 层面 - 指的是基于特定司法管辖区内的运营实体或中介结构,比如法人、公司、基金、普通合伙公司、有限合伙公司、特定司法管辖区内法律允许的特殊组织结构(比如,多单元公司)等。这些运营实体或中介机构往往都发挥的作用比较特殊,如,代表股东、利用DTT、利用政府优惠政策降低成本、资产区隔等,详见方块知识HH-C。由此,我们可以看到,SPVs被广泛地应用于不同目的、不同层次和不同类型的国际商业活动中。

3) 法律关系层面 - 构成法律关系的方式主要有合同、协议、许可关系和信托等。它们并不单独地存在或发挥作用,而是经常包含在SPV的运用中,通过共同作用来达成特殊的商业目的。





方块知识十

可降低成本的政府优惠政策

为鼓励经济发展和吸引投资，通常，各个政府每年都会不断地公布一系列的优惠政策，从而提供国际投资者提供营商便利和营商实惠。比较常见有利于降低运营成本的政府优惠政策包括：

(1) 降低牌照费，特别是对政府规管的行业进行优惠，比如基金等。

(2) 降低资本金要求——比如，在香港，设立任何行业的公司都没有最低资本金要求。当然，受规管的行业除外。

银行等政府规管的行业须3000万港币的最低资本要求，除此之外任何行业成立公司均无最低资本要求。



案例研究一：用作税收目的之公司架构规划

A公司是一家来自台湾的公司。早在1990年，A公司在中国内地拥有一家工厂，并在香港拥有一家贸易公司。A公司位于内地的工厂是一家三来一补工厂，也就是说，该工厂并不属于标准法人。事实上，该工厂由一家香港公司控股。

当时，这个架构不存在任何税务问题。作为三来一补工厂，毋须在中国缴交任何税收；同时，其香港控股

公司可以在香港享受利得税减半的优惠，即仅需缴交8.25%的利得税。

2003年左右，由于中国税收政策及外商投资政策的变化，该A公司决定在中国成立一家外商独资企业（Wholly Owned Foreign Enterprise，简称“WOFE”），并将该WOFE架构在运营层。如此一来，A公司（母公司）和运营层WOFE之间该采用什么作为中间控股公司呢？

在2003年，这并不是一个难以回答的问题——当时，大家都在使用

BVI公司，且工厂将利润汇至BVI公司时毋须缴交预提所得税。但是，使用香港公司在那时还不能带来附加利益，因为香港公司需要支付审计费用、会计费用及其它的费用，从而使得维持一家香港公司的成本远高于BVI公司。

然而，情况在2005年发生了变化，因为中国开始实施新的税收条例。2006年，香港与中国内地签署避免双重征税协定，预提所得税税率降至5%。而BVI公司在享受优惠的情况下仍需支付10%的预提所得税。



正因为香港公司在预提所得税方面5%的明显优惠，A公司打算把中国工厂的所有权由BVI公司转至香港公司（即中国工厂的控股公司从BVI公司转为香港公司）。但这实施起来并不容易，A公司面临着一些问题。

中国的税务顾问告知A公司，如果将WFOE所控制之所有工厂股权从BVI公司转给香港公司，那么，A公司需要就转股行为支付印花税。对此，A公司认为这并不难解决——因为他们可以将WFOE的转股金额作价为港币1元，如此一来印花税便可以低得忽略不计了。

事情真的这么简单么？当然不是！税务顾问对A公司的“终南捷径”提出了警告：税务机关可不是傻子，他们也许会对所有工厂按实际价值进行估值，而不是被A公司港币1元牵着鼻子走。

事情一下子在这里陷入了僵局。一方面，A公司想采用香港公司作为其内地工厂的控股公司；另一方面，他们又不舍得放弃BVI公司较低的维持成本。处于如此两难境地，A公司的税务顾问也爱莫能助。

未解决两难困境，A公司找到了宏杰，我们为其提供了一个一石二鸟的方案——即，在香港设立这家BVI公司的分公司(Branch)。起初，A公司对此很惊奇，因为他们被先前的税务顾问告知：BVI公司不适用

DTA。基于宏杰25年在税收筹划方面的专业经验，我们告诉客户本案存在“不同之处”，因为A公司从1990年已经在香港运营有一家香港公司!!! 根据宏杰20多年的实际操作经验，BVI公司的分公司在香港是适用DTA的。无论对A公司还是对宏杰，这无疑都是一个非常成功的案例。但倘若缺少香港从业经验的税务顾问，他们则很难想象出BVI公司是如何适用DTA这一点的。

案例研究二：用作股东保护和合同履行之公司架构规划

相比税收筹划中的公司架构规划，用作股东保护和合同履行的公司架构规划又有很大的不同。如前面所说的那样，大部分适用SPVs的司法管辖区都是以英国普通法为基础，它们都将英国作为其“母法”和蓝本。在这里，我无意于讨论普通法和大陆法的优劣。我们只能说大多数和中国有贸易往来的大国在保护股东权益、避免股东争议以及确保合同顺利实施方面，基本都采用普通法。

最近，世界银行在公布的一份名为“全球经商便利报告2012”（“Doing Business 2012: Doing Business in a more transparent world”）的研究中对各境外金融中心有一个排名，结果和人们的日常感受基本一致。（详情请见表十一）

我们对经商并不感兴趣；相反，我们感兴趣的是股东权益保护和合同执行。在上表的经商便利度排名中，10大考虑因素中便有股东权益保护和商业合同执行这两项。

要想对股东权益进行有效保护，最主要的策略就是将投资层和运营层区分开来。这理解起来很简单。如果只有一个投资者，自然没有必要进行规划。但是，如果多于一位股东，那么投资者（股东）之间有争论和冲突的几率就会大增。

投资层和管理层不区分开来，一旦有一个投资者认为其受到不公正待遇，那么，他就可能做出一些影响运营层的事情。因此，就非常有必要对公司架构进行规划，从而比较清晰地划分各个投资者之间的不同责、权、利，有利于公司正常营商的开展。通常情况下，一个完善而规范的公司架构图如图二所示：

因此，下一个问题随之出现，那就是：该选择什么OFCs来保护股东权益和确保合同得到顺利执行？同样地，“全球经商便利报告2012”的调查结果仍然和人们传统意义上的任职一直，并不让人觉得意外。

从表十二可以看出，卢森堡高居合同执行容易度排行榜的首位，香港则名列第五位。尽管从排名上看股东们尽可以选择卢森堡公司作为履行合同的最好SPV，但事实上选择香港公司更为经济、实惠。因为卢森堡公司



大多被用作投资欧洲的中间控股公司，而香港公司的应用范围也更为广泛，遍及全球。

具体到股东权益保护这一块，世界银行的“全球经商便利报告2012”亦做了一份排名，前10名的具体情况如表十三所示。

看了上述一些司法管辖区在经商便利度、合同(法院强制)执行容易度以及投资者保护力度等方面的排名后，也许你现在也想知道中国大陆和其它常见OFCs的排名吧。它们的排名具体如下表十四所示。

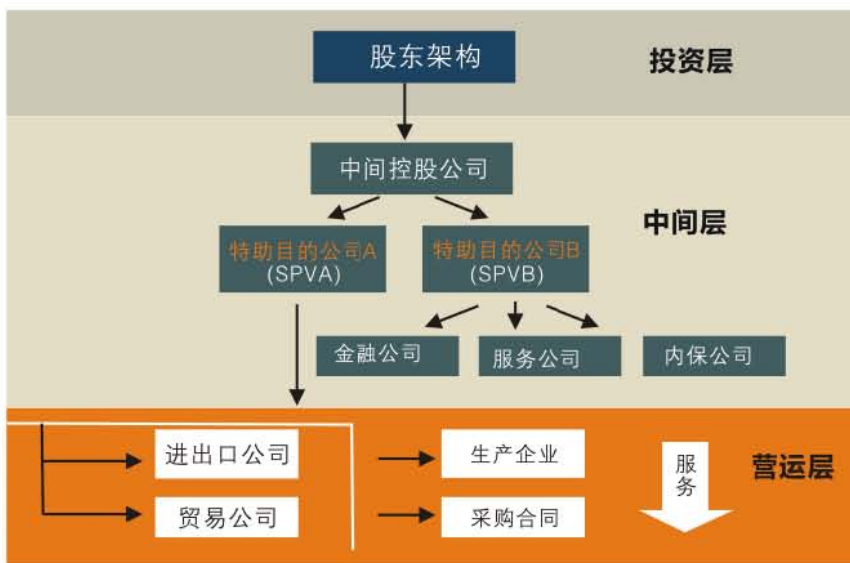
看了表十四后，也许你会感到惊讶：经商便利度和投资者保护力度分别第91位和第97位的中国大陆，其合同执行容易度竟然高于英国（第21

经济体	排名
新加坡	1
中国香港特别行政区	2
新西兰	3
美国	4
丹麦	5
挪威	6
英国	7
南韩	8
冰岛	9
爱尔兰	10

位)，排名第16位！事实上，中国完全没必要妄自菲薄，中国2012年的经商环境一点也不糟糕——因为其它几项排名，中国在183个国家中都处于中游水平。

透过世界银行的排名，我们可以清晰地看到：香港才是赢家，因为香港的综合实力最强！所以，如果你想保护股东权益和确保合同顺利实施的话，最佳的选择应该是香港。

世界之大，法律之广，可以说是无所不包，单凭一人或一家公司之力几乎是不可能穷尽的。为了降低法律合规中的成本，无疑需要众多专业人士的通力合作。但是，在市场中却出现越来越多的人自诩为“专家”，但他们知道的可能只是一些皮毛。真正的专家至少具备两种素质：1) 谦虚谨慎、知己所不足，即，知道自己懂什么也了解自己不懂什么，而不是不懂装懂，糊弄客户。2) 会且能够找到答案所在，也就是说拥有专业服务的网络。



图二：三层公司架构图



表十二：合同(法院强制)执行容易度排名

经济体	排名
卢森堡	1
南韩	2
冰岛	3
挪威	4
中国香港特别行政区	5
法国	6
美国	7
德国	8
澳大利亚	9
新西兰	10

表十三：投资者保护排名

经济体	排名
新西兰	1
新加坡	2
中国香港特别行政区	3
马来西亚	4
美国	5
加拿大	6
爱尔兰	7
以色列	8
哥伦比亚	9
英国	10

表十四：中国在世界银行报告中排名

经济体	经商便利度排名	投资者保护力度排名	合同(法院强制)执行容易度排名
中国大陆	91	97	16
台湾	25	79	88
萨摩亚	60	29	80
塞舌尔	103	65	84
伯利兹	93	122	168
英国	7	10	21

结论

OFCs及其SPVs被广泛地应用在各类跨境投资、贸易、税收筹划、融资、上市活动中。篇幅所限，我们只能为您简单地介绍到这里，希望能够对您的日常营商有所帮助。最为重要的是，跨境商业是一个非常复杂的过程，涉及面很广，特别是会牵涉到不同司法管辖区（在岸国家和OFCs）之间的法律更新和执行情况，往往需要具体问题具体分析。

因此，上述的梳理和总结，仅作为一般意义上的参考。在实际操作中，还需要律师、会计师、银行家、公司和信托服务提供商的通力合作和配合，更需要和所涉司法管辖区政府机构做好沟通工作，只有这样方能够掌控风险，实现利益最大化。

