

自由贸易法治论丛



中国自由贸易试验区协同创新中心
China Free Trade Zone Synergetic Innovation Center

自由贸易区法律适用



第二辑

汤黎明 郑少华 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

自由贸易区法律适用

第二辑

《自由贸易区法律适用》编辑委员会

主 任：	汤黎明	郑少华	
副主任：	刘言浩	周杰普	
委 员：	崔 婕	马 洪	李学尧
	葛伟军	胡 凌	
主 编：	汤黎明	郑少华	
副主编：	刘言浩	周杰普	
编 辑：	崔 婕	吴慧琼	李学尧
	葛伟军	胡 凌	



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

自由贸易区法律适用. 第2辑 / 汤黎明, 郑少华主编.
—北京: 法律出版社, 2015. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7584 - 6

I. ①自… II. ①汤…②郑… III. ①自由贸易区—
贸易法—研究—中国 IV. ①D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 040690 号

自由贸易区法律适用 (第二辑)	汤黎明 郑少华 主编	责任编辑 刘文科 装帧设计 李 瞻
© 法律出版社·中国		
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16		印张 22.25 字数 553 千
版本 2015 年 7 月第 1 版		印次 2015 年 7 月第 1 次印刷
出版 法律出版社		编辑统筹 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司		经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司		责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	销售热线/010 - 63939792/9779
电子邮件/info@lawpress.com.cn	咨询电话/010 - 63939796
网址/www.lawpress.com.cn	

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 - 7584 - 6	定价:58.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

序

中国(上海)自由贸易试验区建设中,涉及诸多法律适用问题。上海财经大学与上海市第一中级人民法院在联合主持第一期涉自贸区法律适用课题招标的基础上,进一步联合中国(上海)自由贸易试验区协同创新中心一起发布第二期涉自贸区法律适用课题,并同时向协同创新中心高校(上海财经大学、对外经贸大学、上海交通大学、华东政法大学、上海对外经贸大学)法科学生开放。经竞争性招标与公正性评标,共计 19 项课题入围。经过几个月的调研与撰写,其中 18 项课题获评审通过,顺利结项。遂决定予以出版。

第二期涉自贸区法律适用课题涉及到民商法、经济法、行政法、诉讼法等诸多法学二级学科领域,具体承担课题的硕士生与博士生在调研与撰写过程中付出了诸多的努力;在此过程中给予学生们大量指导的上海市第一中级人民法院的法官们和上海财经大学法学院的教师们也付出了许多辛劳;在后续出版过程中,具体负责编辑等事务的上海第一中级人民法院研究室的同志以及上海财经大学的教师和法律出版社的编辑也做了大量工作。在此一并表示谢意。

根据党中央与国务院的布置,中国(上海)自贸试验区扩围,中国(广东)自贸试验区、中国(天津)自贸试验区、中国(福建)自贸试验区顺利挂牌运行。可以预期的是,涉自贸区法律适用将会有更多问题值得研究。因此,我们会根据情况,陆续启动后期涉自贸区法律适用课题调研,敬请业界同仁支持与关注此项研究的展开。

上海市法学会自贸区法治研究会会长
上海财经大学校长助理、研究生院常务副院长
上海财经大学自贸区司法研究中心主任

郑少华

2015 年 5 月 20 日

目 录

1 自贸试验区金融机构从事综合金融服务法律问题探索

课题负责人:赵 泽
课题组成员:吴 飞、吴 瑕
指导老师:汤黎明、郑少华

23 涉自贸试验区新型无名合同研究

课题负责人:冯德淦
课题组成员:施 诗、沈 颖、成 慧
指导老师:刘言浩、李 宇

46 自贸试验区内金融衍生产品交易法律规范研究

课题负责人:冯张美
课题组成员:余 滔、吴 飞、余 涛
指导老师:汤黎明、樊 健

82 自贸试验区离岸金融法律问题研究

——基于实证调研的结论
课题负责人:王凤岩
课题组成员:吴 瑕、龚志祥、张 晗、王 茜
指导老师:汤黎明、宋晓燕

101 上海自贸试验区探索完善外国法的查明与适用制度的路径

课题负责人:王 徽
课题组成员:李毓庆、尹 悦、李 婧、刘卓研
指导老师:崔 婕、张军旗

120 平行进口知识产权保护问题研究

课题负责人:蒋圣力
课题组成员:卢 月、刘 禹、何 玉
指导老师:刘军华、王缙凌

138 自贸试验区内走私罪的认定与处理

课题负责人:张 弛
课题组成员:姚凯旋、黄勇升、蓝江山
指导老师:黄祥青、张开骏

161 自贸试验区公司出资人责任研究

课题负责人:李金昌

课题组成员:闵舒晴、梁尚秋、张成双

指导老师:胡震远、葛伟军

176 自贸试验区企业平等保护研究

课题负责人:梁尚秋

课题组成员:陈茜、苏崇崇、徐丽莎

指导老师:胡震远、叶楦平

196 涉自贸试验区融资租赁合同研究

课题负责人:孟立惠

课题组成员:汪程琳、张永征

指导老师:单素华、杨峰

222 实施准入前国民待遇后试验区外资管理法律问题研究

课题负责人:浦婷婷

课题组成员:黄白、张雪戎

指导老师:汤黎明、商舒

242 分账核算系统审慎监管研究

课题负责人:林家宇

课题组成员:孟立惠、李可桢、黎美慧、黄亮

指导老师:吴慧琼、宋晓燕

257 自贸试验区法制环境与 BIT 协议比较研究

课题负责人:魏新亚

课题组成员:王茜、刘丽娜

指导老师:刘言浩、商舒

275 涉自贸试验区结算担保机制创新法律研究

课题负责人:孙翔

课题组成员:沈琤、刘荣荣、施安琪、殷洁

指导老师:刘言浩、马洪

290 自贸试验区行政诉讼被告主体资格研究

课题负责人:卢显洋

课题组成员:刘丽娜、屈晓濛

指导老师:岳婷婷、张占江

304 自贸区银行准入门槛与利率自由化目标实现之适应性研究

——兼论利率自由化下监管相关问题

课题负责人:姚婷

课题组成员:蔡丛丛、温星星

指导老师:单素华、刘水林

321 自贸试验区行政执法自由裁量权研究

课题负责人:沈毅龙

课题组成员:吴 飞、赵 泽、叶 森

指导老师:岳婷婷、张淑芳

333 自贸试验区反洗钱法律机制研究

课题负责人:张翠翠

课题组成员:江奥立、李 润、鲍新则、随鲁辉

指导老师:黄祥青、李 睿

自贸试验区金融机构从事综合金融服务法律问题探索

课题负责人:赵 泽

课题组成员:吴 飞、吴 瑕

指导老师:汤黎明、郑少华

摘 要:中国(上海)自由贸易试验区肩负深化金融开放创新的重任,区内金融服务具有不同于境内区外金融机构业务的特殊性,综合金融服务创新应注重法律框架下经验的可复制和可推广。本文通过梳理区内金融机构能够从事的综合金融服务,逐一分析了企业和个人综合金融服务中可能存在的法律政策缺失困境,对不同类型的金融服务提出相应的法律政策改革意见,文章同时探索了开展综合金融服务过程中可能产生的纠纷及其解决机制,为监管者和裁判者提出了建议。

关键词:自贸区 综合金融服务 法律政策 监管 审判

自贸区金融改革定位于加快金融制度创新和增强金融服务功能两个方面,金融机构如何审慎开展创新型服务是改革核心之一。在自贸区金融服务法律问题研究中,由于重要金融机构本身具有可能诱发系统性风险、易于国际洗钱等特性,决定其需要科学合理的监管架构,必须建立符合自身情况和发展需求的业务准入和监管标准。制度创新与增强服务功能必须辅以金融风险可控,这要求自贸区金融机构综合金融服务能够规范进行,有效监管,且产生纠纷时能够为裁判者妥善处理,从而满足自贸区乃至我国金融发展整体预期。文章详尽梳理了自贸区金融机构政策框架下现阶段和未来能够从事的综合金融服务,其中部分已经在区内开展实施,但多数仍处于理论和实践交叉摸索阶段,本文不尽翔实之处敬请谅解。

需要特别说明的是,综合金融服务本身并非特定术语,对某一具体客户而言,是金融机构结合客户需求进行的一系列金融服务的总称,比如跨国公司甲在自贸区区内乙银行存款 10 亿元人民币,其要求每日与其境内子公司丙进行集团内部结算,另外其指令银行某日代其购买 1 亿元熊猫债券,并要求该银行为其开具数额为 5000 万元的可转让定期存单,然后为其担保一笔与英国丁公司的融资租赁业务等。这一系列要求,都属于该银行为甲公司提供的综合金融服务范畴,当然现实可能更为复杂,但笔者认为,就其中可能产生的金融与法律问题,对区内综合金融服务具体内容进行逐一分析、研究更具有价值,而其中可能产生不同于境内区外之处,恰恰是本文展开探索的重点。

一、自贸区金融机构从事综合金融服务的特殊性

1. 自贸区综合金融服务内容特殊。自贸区金融改革具有两大目的:人民币国际化(包括中小企业出口便利)的试验田、进一步深化金融业改革和开放。自贸区金融机构从事特定金融服务门槛理论上应低于境内区外,但其又不等同于传统的离岸金融。所以金融机构在从事综合金融服务时,在引入国际经验的同时也应注重业务创新,关注业务组合带来的新风险和新问题,区内金融机构在此认识上缺乏实践经验,尽管对区内综合金融服务的未来充满热情,但亦可能由于法律政策和操作规范缺失而遭受重大风险,从而带来诸多难题。

2. 自贸区综合金融服务监管和纠纷裁判标准特殊。不同于境内区外的金融服务内容必然对应迥异的监管和裁判标准,科学的金融服务规范对自贸区建立之初降低风险、形成日后开拓性良性发展意义重大。综合金融服务的发展良好与否关系到境内区外混业经营的未来,经营监管理念可以部分延续境内区外,但又不同,且相关标准可能只适应于自贸区发展初期。科学设置综合金融服务标准不仅关系到自贸区金融规模和规划、具体金融业务创新、不同金融机构危机处置机制等,还关系到自贸区经济贸易整体健康发展。在发展过程中,自贸区金融又不可避免地产生新的问题,如果纠纷诉至法院,作为裁判者应该能够清楚地认识到自贸区“试验”两字的含义,在恰当保护投资者利益的同时鼓励区内金融机构在挫折中继续前进。

二、自贸区金融机构从事综合金融服务及其法律问题分析

上海自贸区金融机构综合金融服务整体上可分为企业金融服务和个人金融服务。笔者在研究中发现,根据央行政策,金融机构可以开展的企业业务相对较为丰富。结合现有区外业务和国际经验,对自贸区综合金融服务涵盖的方面进行分类,可以认为包括结算、投资、融资和交易四个方面,而个人业务仅包含结算、投资和交易三个方面。

在企业金融服务四个方面中,结算部分包括跨境双向人民币、外币资金池业务,跨境人民币、外汇集中收付及轧差净额结算,跨境电子商务人民币结算,交易平台类公司的清算和存管;投资部分包括跨境人民币贵金属交易,熊猫债券承销,大额可转让定期存单,境外客户境内证券投资服务,境内客户境外证券投资服务,法人理财产品和本外币结构性存款,自贸区银期转账服务,小额外币存款;融资部分包括自贸区跨境融资,自贸区融资项下担保,自贸区仓单质押融资,自贸区供应链金融和航空器、船舶融资,自贸区资产管理计划,自贸区租赁融资,引进投资者及股权私募顾问服务,跨境并购融资及顾问业务;交易部分包括代客汇率风险管理,大宗商品相关服务,自贸区账户贵金属交易,自贸区保证金交易。

在个人金融服务三个方面中,结算部分包括个人自由贸易账户,自贸区个人跨境人民币网上支付,个人跨境人民币结算;投资部分包括个人境外直接投资,自贸区个人理财产品,个体工商户跨境委托贷款,跨境人民币贵金属交易、本外币结构性存款、大额可转让定期存单、小额外币存款、境外客户境内证券投资服务、境内客户境外证券投资服务和银期转账服务;交易部分包括代客汇率风险管理、自贸区账户贵金属和自贸区保证金交易。

（一）自贸区企业综合金融服务及其法律问题探索

1. 结算类综合金融服务及相关法律问题

（1）跨境双向资金池业务

①跨境双向资金池的概念和特点

跨境双向资金池是指区内银行为符合条件的集团企业,以集团指定的自贸区内企业为主办企业,搭建联通境内外集团成员的人民币或外币资金池。

跨境双向资金池可分为人民币资金池与外币资金池。对人民币资金池而言,其特点:首先,具有科学的账户管理体系,跨境双向人民币资金池是根据集团企业的组织架构和账户情况,构建一种科学、合理、符合集团内部资金集中管理要求的账户体系。其次,具有统一的内部资金集中管理,跨境双向人民币资金池的归集功能,能够帮助集团公司实现对境内外成员人民币资金的快速自动集中,有利于集团总部事先资金统一管理运营,提高资金使用效率。再次,具有规范的资金配置使用,跨境双向人民币资金池具有资金下拨功能,企业能够实现对境内外成员企业各项人民币之初的周期额度管理和自动化管理,减少人力成本的同时增加财务控制。最后,其具有灵活的资金计价,资金池中的内部计划和委托贷款功能可有效满足单一法人境内外分支机构之间和集团各独立法人之间的内部资金核算需要。

跨境双向外币资金池特点类似于跨境双向人民币资金池,但由于我国外国管制政策,外币与人民币资金池在操作和监管上具有较大的不同。

②双向资金池法律问题分析

双向资金池,是指以委托贷款形式将资金通过金融机构在企业集团内进行划转拨付操作。委托贷款其实是由委托人委托金融机构对其自有资金进行管理,金融机构不为该笔资金损失承担风险,其职责是对合同约定的贷款数额用途、利率等代为管理、监督使用以及协助收回。

双向资金池协议通常采取如下方式:集团企业中一家比较主要的公司为甲方,集团内的其他公司为乙方,金融机构(一般是指定银行)为丙方,以委托贷款框架作为资金池的主协议,详细阐述合同相对方的权利义务,这样就可以将传统上逐笔办理的委托贷款业务演化成按照事先约定条款自动操作的资金归集业务,资金池业务实现了集团内公司资金的自动调配。若集团内的公司较多,还可以用分批加入主协议的方式进行。由于资金划拨仅在甲方主账户与乙方子账户之间发生,所以集团内不同成员公司之间不存在直接的委托贷款合同。一般来说,双向资金池业务,顾名思义,协议中包含双向委托贷款关系,主要公司与其他公司实际可以依据资金变化随时交换贷、借款双方的身份。甲方与金融机构、各成员公司与金融机构之间因为委托贷款合同存在,成为代理关系。民法中代理关系约束被代理人与合同相对方。金融机构根据被代理人的授权,将资金贷出,其法律后果直接由被代理人承担。因此,主要公司与其他公司形成实际的借贷关系。

③资金池业务涉税法律问题分析

前文分析已经说明,资金池业务其实是借贷关系的一种,但双向资金池合同又与普通借款合同不尽相同,下文将从营业税、印花税和企业所得税角度进行逐一分析。

其一是营业税。双向资金池业务和传统公司间借贷不同,集团内处于乙方的各个公司在总公司监督管理下具有其在资金池内的自有资金的权利——故而有人认为资金池的款项管理模式更类似于公司在金融机构的存款,乙方的利息收益为存款利息,因而不应将其纳入营业税课征范围。但

上文分析表明金融机构开展资金池业务,其本身一方面是管理人,另一方面也是代理人。其将委托方在该机构的存款自动划拨至借款方,由电子账户为委托方计算存款利息,并依照合同在一定期限内进行结算。集团内各公司均是独立的法人。双向资金池业务实现了不同法人实体账户间资金划拨,该种划拨其实不必以真实发生的劳务、贸易为基础,从而不会形成公司间借贷。金融机构作为代理人,法律后果由被代理人与相对方承受,因此集团内各公司之间是实质上的借贷双方。参考我国《营业税税目注释》及国家税务总局《营业税问题解答(之一)的通知》,贷款是指将资金贷与他人使用的行为,金融机构还是其他单位,只要是发生将资金贷与他人使用的行为,均应视为发生贷款行为。因此,笔者认为,资金池业务应该依照“金融保险业”税目征收营业税。

其二是印花税。依照国家税务总局《关于印花税若干具体问题的解释和规定的通知》,凡委托金融单位贷款,金融单位及使用单位签订的借款合同应按规定贴花。在代理业务中,代理单位与委托单位之间签订的委托代理合同,凡仅明确代理事项、权限和责任的,不属于应税凭证,不贴印花。因此,委托贷款协议中,应当由金融机构与借款方就贷款金额依“借款合同”税目计印花税,鉴于委托方非是借款合同的相对方,可以不贴。双向资金池业务中由于存在着双向委托贷款关系,因此合同中三方都应分别缴纳印花税。目前该业务又多以最高额贷款形式发生。全部参与方(含金融机构)签订资金池主协议时,依照合同约定最高借款限额计印花税。此后,任何时点主要公司或集团内其他公司之间未偿还的委托贷款余额若在与之相应的委托贷款循环授信额度内,就不再签署新协议,也不用另外贴印花。

其三是企业所得税。我国《企业所得税实施条例》对借款利息的企业所得税税前扣除规则规定得很清楚:非金融企业向非金融企业借款利息支出,不超过按照金融企业同期同类贷款利率计算的数额的部分准予扣除。另外,由于集团公司中各子公司属于关联企业,借款利息在所得税扣除时还应依照财政部、国家税务总局《关于企业关联方利息支出税前扣除标准有关政策问题的通知》,符合“其接受关联方债权性投资与其权益性投资的比例”要求,超过规定比例支付的利息不得在发生当期和以后年度扣除。

对于符合上述政策的规定利息支出,须取得合法票据以为凭证。但该业务集团内公司通常是非金融机构,不能自行开具金融业发票,故税务机关可以查实委托贷款主协议各方关系是否清楚,在其他相关资料也满足要求的情形下,应当允许收取利息的集团内其他公司到地税部门代开营业税发票,作为其所得税税前扣除的相关凭据。^①

(2) 跨境人民币、外汇集中收付及轧差净额结算

跨境人民币集中收付是指区内银行为符合条件的企业提供境内外关联方和存在供应链关系的、有密切贸易往来集团外企业的经常项目下的跨境人民币集中收款、付款服务,包括专户的开立和日常收付款的结算处理。跨境人民币集中收付可以方便企业进行自己结算的统一管理,提升资金结算效率,降低操作风险和结算成本。

跨境外汇集中收付是指区内银行为符合条件的主办企业通过专用账户,提供集中代理境内成员公司办理经常项目外汇收支的服务。

轧差净额结算是指主办企业通过专户集中核算其境内成员公司经常项目下外汇应受付资金,合并一定时期内外汇收付交易为单笔外汇交易的操作方式。其特点是区内注册的主办企业通过专

^① 参见周梦思:“资金池税务问题浅析”,载江苏省地方税务局网站, http://www.jsds.gov.cn/art/2013/9/30/art_289_603594.html,最后访问日期:2014年8月20日。

用账户将境内成员公司的收付汇集中办理,简化了收付汇流程,减少了结算次数,降低了收付汇成本,事先资金最优化配置同时提高了风险控制水平。

根据现有规定,银行应要求资金性质不明确的购付汇、收结汇相关企业、非银行金融机构和个人提供相关单证。不过A类企业货物贸易无须进入待核查账户,^②单笔对外支付5万美元以上按规定提交税务备案表。符合条件的区内企业可以通过国内外汇资金主账户办理经常项目外汇资金集中收付汇和轧差净额结算。^③

笔者注意到,金融业内普遍认为跨境人民币、外汇集中收付和轧差净额结算只是银行为了更好地服务于跨境贸易而进行的无风险业务,但这里实则存在一定风险,即区内并未规定终止净额结算机制。^④

终止净额结算机制其实是在交易协议不能正常终止时,交易对手互相之间届时存续的所有交易必须提前终止,同时对所有交易进行轧差结算,以明确交易最终是单向的支付净额的确认流程。此结算过程中发生的任何轧差冲抵均为对每一笔交易的履约行为,这种轧差冲抵非是一般意义上的抵销行为。所以排除了《企业破产法》关于破产抵销的相关限制。

该种机制存在时,当交易相对方违约或终止事件发生,交易对手方能够在最快的时间内部署相应措施,特别地,当交易中一方突然进入破产时,就能及时提前终止交易,轧差结算后进行一次性支付,然后终止协议。此种做法可以大幅度减少交易支付资金,缩小信用风险敞口,从而预防发生连锁反应,相应的其降低了金融的系统性风险。

对于终止净额结算机制存在与否的差异,笔者举例如下:A、B两方存在信用风险缓释凭证交易,假设条件为:①A、B涉及两笔交易,交易1与交易2;②B发生违约事件,必须进入破产程序;③A、B交易不满足破产抵销条件;④破产清算中A可获得20%的清偿率。

B进入破产后,A、B资产负债情况:交易1中A有1000万元的盈利(资产),显然B有1000万元亏损(负债);交易2中A有500万元亏损(负债),故B有500万元盈利(资产)。所以A具有1000万元资产,同时负有500万元债务。依照是否适用终止净额结算机制,不同的分析分别如下:

第一种是不实施终止机制。应以两笔独立交易进行处理:A需履行支付义务,向B支付500万元,同时A有破产债权可以收到200万元,实际损失为1300($=1000 \times 80\% + 500$)万元;第二种是终止轧差净额结算。甲方享有500($=1000 - 500$)万元的破产债权,相应地可以收到100万元,实际损失为400($=500 \times 80\%$)万元。

两种不同的情况相差900万元,即在第一种情况下乙方的破产导致甲方损失巨大,可能因乙方之破产而产生连锁反应导致甲方破产,从而扩大了信用风险及系统风险;但第二种情况则完全不同。所以,轧差净额结算是否在任何条件下都持续进行,需要金融机构设计科学合理的终止机制,这样不仅能够避免不必要的诉讼纠纷产生,而且能够保证自贸区各个市场参与方的合理预期。

^② 2012年以来,国家外汇管理局对外贸企业实施分类管理,对外贸企业进行核查,将进出口物流与收付汇资金流匹配的列为A类企业,享受便利化政策;把指标异常不能合理解释或未按规定进行报告和贸易外汇登记的列为B类企业;把严重违反外管规定受到处罚或被立案调查的企业列为C类企业。国家外汇管理局对B、C类企业实施严格管理。

^③ 国内外汇资金账户在自贸区成立之前既已存在。国家外汇管理局于2012年9月起开展的跨国公司总部外汇资金集中运营管理试点,首次允许境内经批准的企业开展经常项下的集中收/付汇(包括轧差)结算,帮助跨国公司探索、创新交易模式,以解决传统收、付汇方式中的各类问题,增强交易效率,降低交易及资金成本。详情可参见左嘉:“集中收付汇使收益最大化”,载《中国外汇》2013年6月15日版。

^④ 包括境内区外,我国均未规定该机制,可能是由于企业并未意识到看似简单的轧差净额结算可能带来的问题,而银行对表外业务可能给客户带来的表外风险又研究不足。

(3) 跨境电子商务人民币结算

跨境电子商务人民币结算是指符合条件的互联网支付机构通过区内银行为电子商务(货物贸易或服务贸易)交易双方提供跨境互联网支付所涉及的人民币资金集中收付及相关收支申报服务。需要注意的是,银行该类业务适用的客户的已经持有互联网支付业务许可的支付机构,包括在区内注册成立和上海市内注册成立的区外支付机构,以及上海市外注册成立并在区内设立分公司的支付机构(须向人民银行备案)。

笔者认为,符合条件的互联网支付机构可将业务领域进一步扩展到海外市场,通过金融机构的国际支持,加快资金跨境清算效率,从而尽可能降低汇率波动风险。目前自贸区已经出台了《关于上海市支付机构开展跨境人民币支付业务的实施意见》和上海海关《关于开展跨境贸易电子商务进口业务的公告》,本文不再就跨境电子商务法律原理进行累述,^⑤仅就结算部分可能出现的法律政策障碍进行探讨。^⑥

电子商务本身具有鲜明的新生事物特征,跨境电商结算传统方式还处在法律的边缘区域。一方面,进口电商存在两种做法:①和比较成熟的支付通道结合,典型的像银联、支付宝、Chinapay等,网页列出外币标价或近似人民币标价。境内买家以人民币结账,支付通道折合成外币划转到商户的境外账户。此操作规避了外汇核销。好处在于接入快、技术成熟,支付网关机构能够提供一站式多通道服务,缺点也很明显,价格高于平均水平——超过通常收费2%左右。②国内公司连人民币网关,然后用人民币进行标价,款项统一归集,再寻找一些支付试点机构划拨到境外账户。此种方法在不久前还是不合法的,地下的不阳光不透明通道很多。2014年后解决方案出台:提供符合要求的合规交易文件,这种方法优势在于最后总的成本比较低,手续复杂是最大的不足。最后,“地下钱庄”就不再累述了,这种方式是一直存在的。

另一方面是出口电商,分析起来比较麻烦。出口电商主观上总是希望避税的,其很多时候均采用个人名义,不会涉及出口退税和海关的56号文件。非仿品的情况下,海外收单通常采用中银卡司、Ebay平台通过Paypal,亚马逊通过Payoneer或WorldFirst,但关键是海外收汇后怎么变成人民币进入中国。之前通过地下钱庄的很多。现在能够通过支付试点企业结汇,一般截留利润和海外费用后,选择性结汇。56号文是站在海关的视角下,和别的监督管理部门政策配套有时存在问题。一般来说,因为需要上市或退税的企业才会选择阳光化的结汇,与试点平台结合,配合三单合一要求,把支付、物流信息流匹配后发给平台,从而实现阳光化结汇、申请退税等,但这种方式面临收益透明化和低价报关公开化,所以企业和个人都会反复斟酌。

从境内现有法规政策和自贸区规则目前来看,跨境电子商务人民币结算基本延续了现有境内

^⑤ 可参见中国电子商务研究中心文章:“跨境电子商务法律适用原则初探”,载 <http://b2b.toocle.com/detail-6114422.html>,最后访问日期:2014年8月20日。

^⑥ 从现有境内法律法规来看,2005年中国人民银行《电子支付指引(第一号)》对电子支付的法律界定、电子支付服务申请程序及规范等内容作了规定。2005年实施的《电子签名法》第19条明确规定电子认证服务提供者必须制定信息安全保障措施。为促进支付服务市场健康发展,规范非金融机构支付服务行为,防范支付风险,保护当事人的合法权益,2010年非金融机构支付服务制度发布实施,中国人民银行先后发布《非金融机构支付服务管理办法》、《非金融机构支付服务管理办法实施细则》等规章制度,明确了中国人民银行对非金融机构支付服务的监管职责。关于网上支付,则有《网上支付跨行清算系统业务处理办法(试行)》、《网上支付跨行清算系统业务处理办法(试行)》、《网上支付跨行清算系统数字证书管理办法(试行)》和《网上支付跨行清算系统运行管理办法(试行)》,为系统的正常运行奠定了法律基础,中国人民银行将依法依规对网上支付跨行清算系统运营者和系统参与者的相关行为进行检查监督,以确保系统安全、稳定、高效运行。2011年海关总署发布了《关于海关税费电子支付业务有关事项的公告》及《海关税费电子支付业务操作规范》。其他的还有商务部2012年发布的《关于利用电子商务平台开展对外贸易的若干意见》(商电发[2012]74号),2012年国家发展和改革委员会办公厅、财政部办公厅等8个办公厅联合发布《关于促进电子商务健康快速发展有关工作的通知》(发改办高技[2012]226号)要求加强网络交易服务的监管,此外还有其他部委的相关网络服务监管意见或办法。

区外规则,但依然存在较多不明晰的地方:首先是立法较为混乱,监管权不清就无法形成有效科学的监管;其次是缺乏国际经验,对于跨境电子商务,一旦出现纠纷,难以形成国际间有效的协调机制,譬如区内银行完成结算同时产生了贸易纠纷,那么金融机构何种程度上可以完全免责,对境外的结算款项能否及时回溯,这些都不清楚;最后是跨境电子商务结算风险控制,除现有的行政监管外,还应包括成熟的技术监管。

(4) 交易平台类公司的清算和存管

交易平台类公司的清算和存管,是指区内金融机构根据注册在区内的交易平台类公司需求,利用相关系统以及配套金融产品,从账户体系设置、交易保证金管理、交易清算等方面为交易平台公司提供全面的清算和存管服务,此项目前来看金融机构依合同约定服务即可,不再累述。

2. 投资类综合金融服务及相关法律问题

目前,就投资领域而言,《支持中国(上海)自由贸易试验区建设外汇管理实施细则》(以下简称《外汇支持细则》)第12条对资本项目业务作出了禁止性规定:结汇所得人民币资金:(1)不得用于企业经营范围之外或法律法规禁止的支出;(2)除非另有规定,不得直接、间接证券投资;(3)不得直接、间接发放人民币委托贷款(经营范围许可除外)、偿还企业间借贷(含第三方垫款)以及偿还已转贷第三方银行人民币贷款;(4)可以投资房地产企业,但不得用于支付购买非自用房地产相关费用。关于上述禁止性规定,笔者认为,存在一些亟待解决的问题:(1)“除非另有规定”含义模糊不清,《外汇支持细则》作为国家外管局上海分局的政策性文件,立法层级较低,“另有规定”的作出机关之立法权限是否应不低于外管局上海分局不明确,且“另有规定”性质是什么也不明确。例如,如果中国证监会和央行联合发布文件允许自贸区外汇投资境内证券市场显然不违反这一规则,但如果中国证监会发布文件明令禁止自贸区资本项目外汇进入境内证券市场,那么这一“另有规定”的说法就值得商榷了。(2)没有对“证券投资”做出明确界定,境内证券投资或境外证券投资不明确,目前来看境内证券投资确是被禁止的。(3)允许投资房地产企业,但未说明是否包含区外房地产企业,如果一家区内企业用结汇所得人民币控股或单独持股某房地产企业,再利用该房地产企业从事买卖非自用房地产的业务,此举显然会使得该项禁止性规定形同虚设。那么,除禁止性规定外,笔者将目前金融机构可以从事的综合性投资业务分析如下:

(1) 跨境人民币贵金属交易

跨境人民币贵金属交易是区内金融机构为符合条件的企业参与区内以人民币计价结算的贵金属交易活动提供的结算服务。区内银行可以依凭其已有经验和金融基础设施,结合区内贵金属交易市场交易规则,为企业参与区内以人民币计价结算的贵金属交易活动提供配套服务,包括但不限于账户开立、代理交易、资金结算等。

显然区内金融机构理论上可以从事一系列跨境人民币贵金属交易相关活动,以黄金为例,目前境内区外仅允许在上海黄金交易所和上海期货交易所进行,但上海黄金交易所计划于2014年9月26日启动自贸区国际黄金交易,^⑦即黄金国际板。那么,如果客户授权区内银行进行代理交易,则可能出现两种情况:一种是类似于理财理念,银行具有相当的自由度帮助非专业客户选择合适的贵金属进行交易;另一种则是典型的委托代理。后者严格依照合同进行,客户具有相当的贵金属交易经验,除非金融机构为赚取代理手续费恶意操作,否则出现诉讼或仲裁纠纷的可能性较小。但前者

^⑦ “上海自贸区将推白银、铂钯等贵金属交易?理论上没问题”,载新浪财经网, <http://finance.sina.com.cn/money/forex/20140820/132820067351.shtml>,最后访问日期:2014年8月22日。

则不同,跨境贵金属交易是颇具风险的操作行为,金融机构对信息掌控能力和对市场的预测经验相当重要,客户在选择金融机构的时候必然着重考量。如果出现大幅亏损,客户质疑区内金融机构涉及虚假宣传或操作失误,这就要求裁判者具有相当的贵金属交易知识,如何判断区内金融机构具有的国际贵金属交易信誉水平,如何判断某一具体行为是否为典型操作失误行为,都可能对自贸区贵金属投资者的市场信心造成重大影响,如何平衡金融机构发展与投资者信心,是自贸区金融司法创新的难点。

(2) 熊猫债券承销

熊猫债券承销是指区内银行为境外机构在中国境内发行的、约定在一定期限内还本付息的、以人民币计价的债务融资工具提供的承销等服务。对自贸区而言,该业务主要针对符合条件区内企业的境外母公司,熊猫债券可以为境外机构本土化提供帮助,支持境内采购、生产等,降低制造、关税成本,受制于自身实力的境内子公司可以通过境外母公司发行熊猫债券获得人民币资金,从而拓宽融资渠道。

熊猫债券产生实则早于自贸区成立,^⑧所以本文仅讨论区内业务可能涉及的法律问题。根据自由贸易账户规则,境外母公司可以随时将任意金额境外人民币资金划入区内子公司,但对于境内子公司则不可如此操作,即应当赋予境外企业的区内子公司具备发行熊猫债券的能力。依据现有自贸区政策,自由贸易账户与境内账户之间一定时期内允许限定额度的划转,因此,鉴于熊猫债券规则必须依据境外公司境内发债原则,显得较为严格,这会显著降低境外母公司发行该种债券的动力,只有额度之外部分,境外公司才可能选择此种方式。目前来看进入自贸区设立法人的境外企业,很大一部分在寻求境外资金进入境内区外的渠道,是否会出现以发行熊猫债的形式利用自由贸易账户规则形成实质上的资金通道,目前不得而知。

(3) 大额可转让定期存单

2013年12月8日中国人民银行公布的《同业存单管理暂行办法》,允许金融机构在银行间市场发行大额可转让同业存单。可转让定期存单存款(Certificate of Deposits, CDs)属于定期的一种,但又不同,比如存单面额固定、不记姓名能够流通转让、利率或固定或浮动、能够满足流动性和营利性的双重要求。

目前境内区外仅允许银行间的大额可转让存单,个人和非金融机构尚不能买卖,且可转让存单必须达到一定数额。根据《中国人民银行关于金融支持中国(上海)自由贸易试验区建设的意见》五(十九)的规定:“将区内符合条件的金融机构纳入优先发行大额可转让存单的机构范围,在区内实现大额可转让存单发行的先行先试。”^⑨从可转让定期存单特点而言其更加符合自贸区金融交易需求,由于自由贸易账户与普通账户之间的资金互转将受到限制,可转让定期存单在一定程度上使自贸区银行业务更加灵活,其相当于银行短期借款。主动权掌握在自贸区银行手中,银行可以根据贷款客户的需要来安排发行相应期限、相应额度的 CDs,这样不光可以解决存贷比失调的问题,还可以增强自贸区银行管理负债的主动性。帮助银行拓宽资金来源,进行资产负债管理,优化负债结构。所以,利率市场化程度较高的自贸区,完全可以在一定限度内试验面向非金融机构和个人的可转让定期存单。

^⑧ 熊猫债券产生于2005年9月28日,国际多边金融机构首次获准在华发行人民币债券,时任财政部部长金人庆将首发债券命名为“熊猫债券”。

^⑨ 这里需要说明:大额可转让存单属于可转让存单的一种,我国目前仅允许银行间大额可转让存单流转,尚未允许可转让存单流转。

(4) 境外客户境内证券投资服务和境内客户境外证券投资服务

上述两种证券投资服务名称类似,但差异较大。境外客户一般是指境外符合条件的券商,境内客户一般是指境内符合条件的企业和个人,而在操作和监管上也不同。对法人而言,前者即合格境外机构投资者(Qualified Foreign Institutional Investor, QFII),而后者即合格境内机构投资者(Qualified Domestic Institutional Investor, QDII),目前境内区外早已根据《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》和《合格境内机构投资者境外证券投资管理暂行办法》分别开展,^⑩经验较为成熟,自贸区此处继续沿用境内区外规定,不再累述。

(5) 法人理财产品和本外币结构性存款

自贸区法人理财产品是指区内银行面向区内开始自由贸易账户的法人发行的,将募集资金根据合同约定投入到符合监管机构规定的相关金融资本市场,并购买相关的金融产品,获取投资收益后,根据合同约定分配给投资人的金融产品。自贸区法人本外币结构性存款其实并非存款,而是指法人客户将持有的人民币或外币资金存放在区内银行,由区内银行通过在普通存款的基础上嵌入全球性金融衍生工具(包括但不限于远期、掉期、期权或期货等),将客户投资收益与利率、股权价格、商品价格、信用指数及其他金融类或非金融类标的物挂钩的金融产品。该业务适用的法人资金应当相对充足,有多样化投资需求,能够承担相应风险,对金融市场具有一定经验和分析能力的法人客户。从广义上讲,本外币结构性存款其实是法人理财产品的一种。

自贸区法人理财产品较境内区外区别在于,其资金投向扩大包含了境外金融市场、资本市场等符合监管要求的市场,更多的市场选择意味着,随着经验日益成熟,其较传统法人理财产品可能具有更高的收益以及更低的风险水平。

当然,本文论及的理财产品均指自由贸易账户中的资金,境内区外账户理财产品相关论述较丰富,笔者不再论及。

首先,区内银行在宣传理财产品,尤其是本、外币结构性存款时,是否履行了详细的告知义务,应当为诉讼或仲裁纠纷所关注。目前境内区外的某些结构性理财产品口头承诺保本,但其实繁杂的条款掩饰了一旦亏损银行免责的内容,自贸区理财产品涉及境外金融,产品设计可能更为复杂,非专业人士并不能发现其中隐藏的不公条款。所以,对于区内理财产品,银行应充分尽职说明其风险,若银行当初夸大盈利水平,一旦出现类似大幅度亏损等与承诺严重不符的情况,法院应充分保护投资者利益,监管机构也应对涉事银行进行包括禁业限制在内的严格处罚。

在举证方面,可以要求银行提供其已经充分说明风险的证明,比如对话录音等,如果仅有复杂的合同而无其他证明文件,那么则应以非专业人士水平判断该合同是否充分告知了风险水平,这将考验法官或仲裁员的涉外金融经验。

其次,区内银行理财资金投向包含了境外金融市场、资本市场等符合监管要求的市场,但区内银行在设计理财产品时,如何判断银行不是因利益驱动而隐瞒部分市场风险,如何在投资者非善意起诉的情况下保护区内银行正当利益——笔者认为,此类案件在不久的将来一定会大量出现。目前境内区外有理财产品有一种相当不好的共识,即政府和银行隐形担保公众购买的理财产品保本,这与市场风险与收益成正比原则根本相悖。在这样的金融环境下,中国的金融消费者和投资者不可能真正成长起来,自贸区应避免该种情况发生,这就要求在选择客户时,金融机构本身应挑选合

^⑩ 《合格境外机构投资者境内证券投资管理暂行办法》是2006年8月公布的,《合格境内机构投资者境外证券投资管理暂行办法》是2007年7月开始实施的,两《办法》都积累了多年经验。

格客户,即有多样化投资需求,能够承担相应风险,对金融市场具有一定经验和分析能力的客户。这一方面保证了区内银行规范理财销售,另一方面保证了法院在遇到该类案件时,能够以专业人士的标准看待合同纠纷解决条款,从而降低审判的自由裁量度。

由于金融机构否因利益驱动未尽审查客户资质而售卖理财产品亏损的问题,也不应将所有责任归咎于该机构,如果金融机构已经充分履行了风险说明义务,且达到了正常理性人能够理解的水平,客户出现的预期内亏损,银行应在合同范围内免责。

(6) 自贸区银期转账服务和小额外币存款

便捷的银期转账是指区内银行为境外客户参与境内原油期货等衍生品市场交易以及为区内符合条件的个人及机构参与境外期货衍生品交易提供便捷的本外币银期转账、资金汇划和结售汇服务。该项服务要求银行与期货公司境外分支机构合作,建立一站式、高效的资金汇划及结售汇服务,相关经验可以参照境内区外。

区内小额外币存款,特点是区内银行可以为符合条件的区内居民等值于 300 万美元以下的存款提供市场化利率。这里的区内居民,是指依据现有自贸区规定,在区内依法设立的中外资企事业法人、在区内注册登记但未取得法人资格的组织、其他组织、境外法人机构驻自贸区机构以及在区内就业一年以上的个人。

此两种金融服务类似于境内区外,不再累述。

3. 融资类综合金融服务及相关法律问题

(1) 自贸区跨境融资

自贸区跨境融资是指在符合相关规定前提下,区内符合条件的企业可以从境外或区内金融机构获得本外币融资的行为,适用对象是区内注册企业或非居民企业。符合条件的客户可以从境内、区内、境外多个市场获得融资,从而寻求国际市场最优的融资条件。通过此种融资,客户能够逐渐建立国际性信用。需要注意的是,跨境融资价格一般依据贷款人所在地区认定,价格构成含境外贷款利率、费用、预提税、营业税和附加因素。利率和费用由借贷双方协商,而预提税、营业税和附加因素一般由借款人代缴。

关于试验区人民币境外融资数额的确定方法,《关于支持中国(上海)自由贸易试验区扩大人民币跨境使用的通知》(以下简称《扩大人民币跨境使用通知》)提出区内非银行金融机构和企业可以从境外借用人民币资金,但数额不得超过实缴资本倍数乘以宏观审慎政策参数,其中区内企业的实缴资本倍数为 1 倍。区内非银行金融机构的实缴资本倍数为 1.5 倍。区内银行借款资金进入试验区分账核算单元。从境外借用的人民币资金可调回境内,但须存放在上海地区的银行为其开立的专用结算账户,用于区内生产经营、区内项目建设和境外项目建设。试验区启动前已经成立的区内外商投资企业,可以自行决定按“投注差”或者按《扩大人民币跨境使用通知》规定借用境外人民币资金。对这一具体数额确定标准,笔者认为可能出现以下问题:

①实缴资本倍数和宏观审慎政策参数概念并不清晰。虽然我国《公司法》具有实缴资本这一概念,^①但规定“实缴资本 $\times 1$ 倍”和“实缴资本 $\times 1.5$ 倍”究竟理由何在尚未可知。一般认为针对不同的企业,其倍数当然应不尽相同,从而对区内类型、规模、性质不同的企业的境外融资能力做出科学的区分。但政策制定者考虑到技术层面难以准确操作,人力资源成本也过于巨大,所以交由市场自

^① 虽然我国《公司法》已将实缴制改为认缴制,但“实缴”这一概念仍然出现于《公司法》中,如第 26、34、80 条。