



中 · 伦 · 律 · 师 · 实 · 务 · 丛 · 书

ZHONG LUN LAWYERING

金融与 知识产权业务

FINANCE & INTELLECTUAL PROPERTY



北京市中伦律师事务所◎编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

· 013745124

D926.5
123



中 · 伦 · 律 · 师 · 实 · 务 · 丛 · 书

金融与 知识产权业务

FINANCE & INTELLECTUAL PROPERTY

北京市中伦律师事务所◎编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1653577

D926.5
123

图书在版编目(CIP)数据

中伦律师实务丛书. 金融与知识产权业务 / 北京市
中伦律师事务所编. —北京: 法律出版社, 2013. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4895 - 6

I. ①中… II. ①北… III. ①金融业务—律师业务—
研究—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 085278 号

金融与知识产权业务
中伦律师实务丛书
北京市中伦律师事务所 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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 涿州市星河印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18.25
字数 265 千
版本 2013 年 5 月第 1 版
印次 2013 年 5 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4895 - 6

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 编：吴 鹏

编 委：朱茂元 郭克军 林泽军 胡蓉晖
杨挽涛 陈际红 岑兆琦 贾 琛
杨卫华 李立兵

序 言

在中伦律师事务所建所二十周年之际,由中伦各专业部门组织撰写的“言中伦,行中虑——中伦法律实务丛书”也问世了。这套丛书共五册,分别由资本市场、公司业务、房地产与基础设施、建设工程、金融与知识产权等业务领域的律师主笔。这五册凝聚着中伦人心血与汗水的成果是为中伦二十岁生日献上的一份殷实的厚礼。

这套丛书取名为“言中伦,行中虑”有其蕴意。此标题源自《论语》,意指言谈要符合伦理道德,行为要深思熟虑。这同样适合作为律师言行的准则。中伦律师事务所正是得名于此。我们希望中伦的律师们能够在执业水准与执业道德方面均成为业界楷模。

二十年来,我们践行理想,不为利益出卖灵魂,不单纯追求法律技巧,力争用高水平的专业服务和对客户高度负责的态度,与客户共同创造社会价值。经过多年的不懈坚持,我们的执业理念与执业水平获得了业内同仁与客户的认可。二十年来,中伦业务的精进与规模的壮大齐头并进,从一家只有十几位律师的事务所发展为在北京、上海、深圳、广州、成都、武汉、香港、东京、伦敦、纽约设立十家办公室,拥有 1000 余名优秀专业人员的知名律师事务所。二十年来,我们倾尽心力,创造平台,培养了大批积极向上、努力钻研的律师;建立了团队协作、共同发展良好机制;形成了乐观开放、和谐奋进的健康氛围。我们看到一批批初出茅庐、志向高远的年轻律师,在中伦大家庭里磨砺、拼搏,挥洒汗水、发挥才干,成长为各专业领域的骨干精英。二

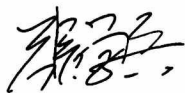
十年来,我们善尽社会责任,积极回馈社会。我们设立了“中伦公益基金”在环保治沙、希望小学、高校助学、防盲事业、救助灾害等领域均贡献出了一份力量。回首二十年,我们无愧于“言中伦,行中虑”的初衷。

律师是个需要终身学习的职业,而中伦又有一个学习氛围极强的环境。我们的律师都是善于不断学习和汲取养分的“苗子”。在日常的业务工作中,他们既能跟进所关注领域内法规的更新和市场的动向,又能坚持对已有的案例和项目梳理总结;既注重实务经验的丰富和积累,又注重理论上的体系化、条理化。学习、总结、交流和分享的事务所文化是我们这套书得以问世的“土壤”。

这套书的面世离不开中伦资本市场、公司、房地产与基础设施、建设工程、知识产权、银行与金融等业务领域的律师们的不辞辛劳。在繁忙的业务之余,他们安排时间,将各自在执业经历中的点滴心血和宝贵经验凝结为一篇篇具有很高专业水准和突出实用性的论文。这不但充分展现了他们的专业素养,也体现了他们对律师业、对中伦的一份感情。可以说,这套图书是中伦律师执业水准和精神风貌的体现,堪称心血之作。文集的出版,不仅是为了纪念中伦二十年来走过的路,更是为了与业界同仁分享我们的所思所得。

纸短情长,难尽言。在中伦的二十岁到来之际,我愿与广大读者、业界同仁一道品鉴这套凝聚着中伦人心血的法律专业读物。

是为序。



北京市中伦律师事务所主任

目 录

Contents

金融业务

QDII 制度的发展和展望	(3)
病树前头万木春	
——浅析次贷危机后中国 REITs 的发展	(37)
房地产信托债性融资“四三二条件”合规性的认定	
.....	(49)
简析海外贷款评审的法律风险要点及相应尽职调查	(60)
破产管理人选择权与合同相对方合同权利的冲突	
——论《企业破产法》第 18 条以及对破产法司法解释的建议	(71)
双重国籍在涉外融资活动中的法律问题研究	(82)
外国银行境内分行作为合同当事人一方之法律适用探析	(93)
网络“人人贷”业务的合法性解读	(106)
信托和有限合伙在房地产金融业务中的律师实务	(113)

知识产权业务

外商从事电子商务不同业务模式的法律分析	(173)
软件专利与开源软件发展	(182)

试论我国专利联盟发展状况及发展策略	(190)
试论专利行政执法	(200)
驰名商标行政认定制度与实践	(208)
网络知识产权侵权新趋势下的救济方式	(211)
论互联网工具软件的法律 responsibility	(220)
披荆斩棘 角逐 GUI	(228)
校园网络著作权侵权案例探究	(236)
由“鸟巢”看建筑作品的深层次保护	(243)
企业商业秘密保护实务初探	(250)
337 调查中的专利权利要求解释程序及策略	(258)
技术进口中的知识产权侵权赔偿问题	(268)
高新技术企业在资本市场中的法律关注点	(276)
进口电影政策及产业导向	(283)

金融业务



QDII 制度的发展和展望*

◇ 杨挽涛**

内容摘要:自改革开放以来,中国的外汇储备迅猛增长,合格境内机构投资者(Qualified Domestic Institutional Investors, QDII)制度在本世纪初应运而生。QDII 制度是指在资本项目未完全开放的情况下,为政府所认可的境内金融投资机构提供通道,让国内投资者到境外资本市场和其他金融市场开展投资的机制。目前我国已通过相关法规确立了基本的 QDII 体系,即中国银监会、中国证监会和中国保监会监管下的银行、基金、券商、保险、信托五类 QDII,同时辅以国家外汇管理局、全国社会保障基金和中国投资有限责任公司等其他境外投资主体。QDII 制度的设立符合我国逐步放开外汇资本项目的方针政策,符合国家鼓励金融创新、丰富证券投资品种的政策,使我国投资者有机会投资境外金融产品,获得资金对外投资渠道,在全球范围内配置资产。

然而,目前我国 QDII 制度发展由于市场环境、法律、行政、个人投资者、合格境内机构投资者、金融人才培养、投资模式等方面因素而受到制约,笔者通过对 QDII 制度的详尽介绍及对制约因素的深入分析,提出缓解制约因素的建议,并就 QDII 制度在我国的未来发展作出展望。

关键词:合格境内机构 投资者制度

* 本文是对 2010 年发表于《2010 年陆家嘴法治论坛——浦东律师金融法文稿》的“QDII 制度的发展和展望”一文的更新。

** 杨挽涛,中伦律师事务所银行和金融服务部合伙人,美国杜克大学法学博士(JD),对外经济贸易大学硕士,西南财经大学学士,中国和美国伊利诺伊州律师;业务专长为银行与金融、兼并收购、房地产、重整和破产以及国际争议解决等。

一、我国的外汇管制与对外投资的逐步放开

我国历来是一个具有严格外汇管制的国家。然而,自改革开放以来,我国的外汇储备额经历了迅猛的增长——从1978年的1.67亿美元发展至2012年9月的32,850.95亿美元,并且自2006年2月开始我国便取代日本成为世界第一外汇储备国。从外汇的不足到如今外汇的过剩,我国的外汇政策取向也随之发生了实质性的变革。2006年“藏汇于民”政策的出台,意味着我国外汇管制由“宽进严出”朝着“均衡管理”的方向发展,外汇资本的合理输出成为缓解政府外汇储备压力的一个重要渠道。政府开始进一步实施“走出去”战略,推动企业以对外投资、对外经济技术合作等多种方式走出国门,大幅放开境内机构和个人进行境外投资权限,简化审批流程,同时探索建立QDII制度。相反在资本引入方面,政府开始对某些行业的外商直接投资进行一定限制,如房地产业。

我国境内机构对外直接投资起步于1979年改革开放初期,并且只有少数国有企业主要是贸易公司经国家专门批准才能走出国门。1989年颁布的《境外投资外汇管理办法》对境内机构对外投资在主体、审批程序以及汇回利润监管等方面规定了诸多限制。2002年开始,随着境外投资外汇管理改革的不断推进,境外投资逐步向便利化、规模化发展。外汇管理部门相继出台一系列措施包括:取消境外投资外汇风险审查和汇回利润保证金制度,下放并扩大外汇管理分局的审批权限,增加境外投资用汇额度,以及允许境外投资主体向境外汇出项目前期费用等。2002年我国对外直接投资仅有27亿美元,到2011年,我国对外直接投资净额(流量)实现了自数据发布以来连续十年的增长,达到746.5亿美元。其中非金融类投资达到685.8亿美元,同比增长14%。2002~2011年,中国对外直接投资年均增长速度为44.6%。截至2011年年底,我国13500多家境内投资者在境外设立对外直接投资企业1.8万家,分布在全球177个国家(地区),对外直接投资前20位的国家(地区)存量累计达到3856.09亿美元。同时,投资行业呈多元化发

展,商务服务业、金融业、采矿业、批发和零售业、制造业、交通运输业形成我国对外直接投资的主要行业架构。^{〔1〕}

在对外直接投资逐步开放的同时,国家对境外间接投资的政策也有了大幅度的调整。合格境内机构投资者制度就在此时应运而生。QDII(Qualified Domestic Institutional Investors)制度,即合格境内机构投资者制度,是指在资本项目未完全开放的情况下,为政府所认可的境内金融投资机构提供通道,让国内投资者到境外资本市场和其他金融市场开展投资的机制。QDII的推出,是在国际市场变化以及我国外汇储备规模扩大后,在国家“藏汇于民”的政策背景下,拓宽外汇的流出渠道,缓解政府的外汇储备压力的制度,并且对人民币汇率的平衡和市场化起到重要作用。

另外,2007年8月,国家外汇管理局公布在天津滨海新区试点个人直接对外证券投资业务,允许境内居民以自有外汇或人民币购汇直接对外证券投资,投资规模购汇总额不受年度不超过5万美元购汇总额限制,投资品种为香港证券交易所公开上市交易证券品种,简称为“港股直通车”政策。然而,2010年1月,外汇管理局在其官方网站发布通知宣布“对适用期已过或者调整对象已经消失,实际上已经失效的19件外汇管理规范性文件,宣布失效”,其中包括“港股直通车”。虽然这项“港股直通车”政策因诸多原因最终未能付诸实施,但其也反映了我国对外投资管制的变革和发展。

二、合格境内机构投资者制度(QDII)发展历程

(一)QDII 制度的萌生

作为21世纪我国资本市场改革发展的重要纲领性文件——《国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》(以下简称国九条)于2004年1月31日发布。就QDII制度而言,该文件特别指出应“认真研究合

〔1〕 境外投资的有关数据来源于中华人民共和国中央人民政府网站,并不包括未经正式统计的和以一些间接渠道进行的对外投资。

格的境内机构投资者制度”。国九条首次从政策层面鼓励 QDII 制度在我国的确立和发展。

2006 年 4 月 13 日,中国人民银行发布 2006 年第 5 号公告(“5 号公告”),宣布放宽有关境内资金进行境外理财投资的外汇管制,符合条件的银行、基金、券商、保险等金融机构均可成为合格境内机构投资者(QDII)赴海外市场投资,宣告 QDII 在我国正式起航。

事实上,早在 2003 年,在银行个人理财业务市场上已出现了挂钩境外标的的理财产品的雏形。可挂钩的标的包括外汇汇率、外币利率、境外股票篮子、基金、指数等。投资者可以通过投资这些理财产品,间接地参与境外金融市场投资。2005 年 9 月中国银监会发布《商业银行个人理财业务管理暂行办法》和《商业银行个人理财业务风险管理指引》,为银行销售个人理财产品提供了法律依据。然而,挂钩境外的理财产品与 QDII 产品具有本质上的区别,投资者的投资资金并未被汇出海外,QDII 制度下,银行将投资者的投资资金直接汇出海外,根据投资文件进行投资。因此,该类挂钩境外的投资理财理财产品有时被称为“准 QDII 产品”。

在此之后,首只试点的基金系 QDII 产品登陆市场。2006 年 8 月 16 日,中国证监会批准华安基金管理有限公司公开募集华安国际配置基金。该基金于 2006 年 11 月 2 日正式成立,外汇额度为 5 亿美元,实际募集金额为 1.97 亿美元。

这一阶段是 QDII 在我国的早期阶段,我国的机构和个人投资者渐渐看到了通过 QDII 赴海外投资的可能性。

(二) QDII 制度的确立与初步发展

伴随着我国资本市场整体的改革与发展以及外汇资本项目管制的逐步放开,多部 QDII 法规在 2006 年至 2007 年间相继颁布,QDII 制度从而逐步在银行、基金、券商、保险、信托等各个金融领域正式确立。

1. 银行系 QDII

2006 年 4 月 18 日,中国人民银行、中国银监会、国家外汇管理局联合发布《商业银行开办代客境外理财业务管理暂行办法》,为银行系 QDII 业务揭

开了序幕。之后,中国银监会于2006年6月发布《关于商业银行开展代客境外理财业务有关问题的通知》,将QDII境外投资范围仅局限于固定收益产品,包括具有固定收益性质的债券、票据及结构性产品。然而将近一年后,2007年5月10日,中国银监会又颁布了《关于调整商业银行代客境外理财业务境外投资范围的通知》,扩大了银行系QDII的境外投资范围,允许银行系QDII投资境外股票、基金、结构性产品,以及为套期保值目的,投资掉期、远期等衍生金融工具。投资范围的扩大使银行系QDII投资更具灵活性,也与我国在对外投资和外汇资本项目的发展趋势一致。

至2007年12月31日,共有22家银行经中国银监会批准获得QDII资格,其中21家商业银行获得国家外汇管理局批准的投资购汇额度166亿美元。然而,随着2008年全球金融危机带来的QDII业绩惨淡,外汇管理局“回收”了部分商业银行的QDII投资购汇额度。截至2012年11月30日,获得QDII资格并取得投资购汇额度的银行有28家,国家外汇管理局批准的投资额度共计106.6亿美元(详见下表)。^[2]

已批准投资购汇额度的银行系合格境内机构投资者(QDII)名单

(截至2012年11月30日)

序号	机构名称	截至2007年 12月31日获批额 度(单位:亿美元)	截至2012年 11月30日获批投资 额度(单位:亿美元)
1	中国银行股份有限公司	25	10
2	中国工商银行股份有限公司	20	20
3	东亚银行有限公司内地分行	3	N/A
	东亚银行(中国)有限公司	N/A	2
4	交通银行股份有限公司	15	5
5	中国建设银行股份有限公司	20	7
6	汇丰银行(中国)有限公司	10	12
7	招商银行股份有限公司	10	5
8	中信银行	5	2
9	恒生银行有限公司内地分行	3	N/A
	恒生银行(中国)有限公司	N/A	0.3

[2] 数据来源于国家外汇管理局网站, <http://www.safe.gov.cn>。

续表

序号	机构名称	截至 2007 年 12 月 31 日获批额 度(单位:亿美元)	截至 2012 年 11 月 30 日获批投资 额度(单位:亿美元)
10	花旗银行(中国)有限公司	5	10
11	兴业银行	5	5
12	英国渣打银行股份有限公司内地分行	5	N/A
	渣打银行(中国)有限公司	N/A	7
13	民生银行	5	1
14	中国光大银行	5	6
15	北京银行	3	0.5
16	中国银行(香港)有限公司内地分行	3	0.3
17	瑞士信贷银行股份有限公司上海分行	3	0.3
18	中国农业银行	10	6
19	南洋商业银行有限公司内地分行	3	N/A
	南洋商业银行(中国)有限公司	N/A	0.3
20	德意志银行(中国)股份有限公司	3	0.3
21	上海浦东发展银行	5	0.3
22	上海银行	N/A	0.3
23	星展银行(中国)有限公司	N/A	1
24	法国巴黎银行(中国)有限公司	N/A	1
25	法国兴业银行(中国)有限公司	N/A	1
26	华侨银行(中国)有限公司	N/A	1
27	澳大利亚和新西兰银行(中国)有限公司	N/A	1
28	大华银行(中国)有限公司	N/A	1
	合计	166	106.6

2006 年 7 月,首批银行 QDII 产品上市。2006 年,银行理财市场上共问世 23 款银行 QDII 理财产品。2007 年,银行 QDII 理财产品的发行数量一举突破 190 款。而 2008 年,仅 1 月银行 QDII 理财产品的发行数量已达 70 款。截至 2009 年 6 月 30 日,正在运行的银行系 QDII 产品共有 335 款,其中中资银行运行的有 44 款,外资银行运行的有 291 款。根据普益研究统计,截至 2012 年 11 月 23 日,正在运行的银行系理财产品共有 225 款,其中中资银行正在运行的有 22 款,外资银行正在运行的有 203 款。

2. 信托系 QDII

2007 年 3 月 12 日,中国银监会、国家外汇管理局联合发布信托系 QDII 业务的基本法规——《信托公司受托境外理财业务管理暂行办法》。之后,中国银监会于 2007 年 7 月 19 日发布了《中国银监会办公厅关于调整信托公司受托境外理财业务境外投资范围的通知》,扩展了信托公司的境外投资范围。截至 2010 年 9 月 30 日,已获得 QDII 资格的信托公司有中信信托有限责任公司、中海信托股份有限公司、中诚信托有限责任公司和上海国际信托有限公司四家,除中信信托有限责任公司未获得外汇管理局批准的投资额度外,其余三家均于 2009 年 12 月从国家外汇管理局获得 2 亿美元的投资额度。截至 2012 年 11 月 30 日,获得 QDII 资格的信托公司增至七家,除前述四家以外,又增加了平安信托有限责任公司、大连华信信托有限责任公司及华宝信托有限责任公司。七家信托公司均已获得国家外汇管理局批准的投资额度,总计为 31.5 亿美元。^[3]

2009 年 12 月间,上海国际信托有限公司、中海信托股份有限公司和中诚信托有限责任公司相继推出各自的首款信托 QDII 产品。首先,上海国际信托有限公司联合凯石投资推出首款信托 QDII 产品,成为信托行业首次发行的受托境外理财产品。之后,中海信托股份有限公司推出了其开发的名为“中海稳健收益组合”的信托系 QDII 产品;上海上元投资管理有限公司与中诚信托有限责任公司合作推出“海外配置 1 号——上元新京一期单一资金信托计划”信托系 QDII 产品。2012 年 8 月华宝信托有限公司也推出了公司的首只 QDII 产品“华宝·境外市场投资 1 号单一资金信托”,2012 年 11 月,上海国际信托联手中国光大资产管理公司、中债信用增进投资股份有限公司和浦发银行,发行了国内首只 DQII 集合信托计划“上海信托铂金系列 QDII 大中华债券投资集合资金信托计划”。

3. 基金系和券商系 QDII

在首只试点 QDII 基金华安国际配置基金运行超过半年后,2007 年 6 月 18 日,中国证监会颁布了《合格境内机构投资者境外证券投资管理试行办

[3] 数据来源于国家外汇管理局网站, <http://www.safe.gov.cn>。