

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

离岸金融法研究

罗国强 著



华东政法大学
国际法学文库

*Studies on Offshore
Finance Law*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

离岸金融法研究

罗国强 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

离岸金融法研究 / 罗国强著. —北京: 法律出版社,
2008. 9

(华东政法大学国际法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8720 - 4

I. 离… II. 罗… III. 国际金融—银行业务—金融法—
研究 IV. D996. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 125323 号

©法律出版社·中国

责任编辑/何敏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/8.625 字数/260千

版本/2008年9月第1版

印次/2008年9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 - 5036 - 8720 - 4

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)

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸现,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民检察院检察长、教授、博士生导师:曹建明

2007年4月27日

序

离岸金融(Offshore Finance)的法律问题,是值得法学界予以关注的热点问题。由于离岸金融具有真正的、彻底的国际性,故而离岸金融关系是一种宏观意义上的国际关系,规范这种关系的离岸金融法也就属于宏观国际法的范畴。^[1]作为有学术使命感和责任感且对国际金融法律问题感兴趣的新世纪中国国际法学家,理应顺应全球金融一体化的趋势,潜下心来,深入研究一下离岸金融法的理论与实践以及中国构建离岸金融市场的法律问题。

离岸金融一般是指不具有金融市场所在国国籍的当事人在金融市场上从事的货币或者证券交易的行为。离岸金融法是调整离岸金融关系的法律制度的总和,主要包括离岸金融交易法和离岸金融监管法两部分内容。离岸金融交易法,即调整平等当事人在从事离岸金融交易过程中形成的权利义务关系的法律。由于离岸金融交易法调整平等当事人之间订立的离岸金融交易合同,故而它本质上是一种私法,或曰民商法。又由于离岸金融交易具有国际性,故而离岸金融交易法还是一种国际私法,或曰国际民商法,即调整国际民商事关

[1] 如果认为国际关系只包括国家间关系,那么国际法就仅指国家间法,即国际公法;但事实上,国际关系已经突破了传统的国家间的领域而扩展到私人领域,因此,国际法是调整一切国际关系的,涵盖国际公法、国际私法、国际经济法的“宏观国际法”。关于“宏观国际法”这一理念的详细论述,参见黄进:“宏观国际法学论”,载《法学评论》1984年第2期。

系的法律。^[1] 作为国际私法组成部分的离岸金融交易法,主要由冲突法、统一实体法、国内实体法、管辖权规则构成。离岸金融监管法,即调整离岸金融监管关系的法律规范。离岸金融监管法是一种调整纵向经济管制关系的法律。如果说离岸金融交易法是一种国际私法的话,那么离岸金融监管法则属于公法的范畴,又由于离岸金融的国际性,离岸金融监管法就是一种国际金融公法。^[2] 作为国际金融公法组成部分的离岸金融监管法,包括市场模式监管法、市场准入监管法、业务经营监管法、税收征管法以及风险监管法等内容。

应该说,对离岸金融法这样一个新问题的研究,无论是国内学术界还是国际学术界都还做得不够深入、不够系统、不够全面,有关的资料也不是十分充分。笔者认为,要做好这方面的研究,一是需要研究者具有全面的宏观国际法学知识,具有对国际公法、国际私法、国际经济法融会贯通的能力;二是需要研究者充分结合国际金融实践,充分联系中国实际,做出合理的分析与论断。而本书作者罗国强博士可以说非常努力,基本上做到了上述两点。罗国强博士在充分借鉴前人研究成果、深入探讨国际金融热点案例和重大事件的基础上,对离岸金融关系做了较为细致的法学分析,并且运用这些分析的成果为中国建设自己的离岸金融市场构建了初步的法律框架。

罗国强博士一直坚持学术探索,追求学术创新。在本书中,他不仅对离岸金融、离岸金融市场的概念、特点和类型进行了重新界定,而且将离岸金融法划分为相互关联的三个部分,即离岸金融法基本原则、离岸金融交易法和离岸金融监管法,并对每一个部分都做了较

[1] 中国法学界一般认为,国际私法是以国际民商事法律关系为调整对象的法律部门。参见韩德培主编:《国际私法》(第2版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第3页;黄进主编:《国际私法》(第2版),法律出版社2005年版,第6页。

[2] 当然,按照中国很多学者所认为的国际经济法既调整横向的国际经济流转关系,也调整纵向的国际经济管制关系的说法,也可以认为离岸金融监管法属于国际经济法的范畴。参见余劲松等主编:《国际经济法》(第2版),北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第6~10页。

为细致的法学分析；尤其是他将离岸金融法的理论研究成果运用到中国建设离岸金融市场的实践上，并尝试建构中国离岸金融法律的基本框架，这无论如何都是一次较有价值的学术探索。

罗国强博士关注并研究离岸金融的法律问题已有数年。在他于武汉大学国际法研究所攻读硕士研究生期间，我担任他的导师，并于2003年指导他完成了题为“离岸金融交易的国际私法问题”的硕士论文。在那一届的硕士论文答辩中，该论文取得了全优的成绩。数年之后，罗国强博士在该论文的基础上，继续深化研究、扩展内容、补充资料，完成了摆在读者面前的这本《离岸金融法研究》。作为导师，我为此感到欣慰！衷心希望作者自强不息，再接再厉，追求卓越，止于至善，能不断对国际法的理论和实践问题做出独到的研究，并最终实现自己的学术梦想。

黄 进

2008年春于武汉大学国际法研究所

前言

离岸金融从20世纪70年代产生至今,经历了近40年的发展,已经在国际金融舞台上取得了突出的成绩。时至今日,伦敦、纽约、东京、香港等大型国际金融中心,均同时拥有在岸和离岸市场;而一个不能经营离岸业务的“主流”国际金融中心,则是不可想象的事情。

然而,目前在中国,离岸金融仍然属于边缘化的新生事物,面临着曲高和寡、叫好不叫座的困境。尽管离岸金融试点从深圳扩展到上海和天津,尽管各地媒体和学术界对于谁应当建立离岸金融中心一度争论得不亦乐乎(当然一般是论证应在本地建立离岸金融中心),但是至少就目前看来,离岸金融中心建设的正式启动还是比较遥远的事情。早在1992年和1994年,上海和广州就曾经分别提出要建立离岸金融中心,但如今十几年过去了,人们却未曾看到所期望的进展。在2006年发布的《上海国际金融中心建设“十一五”规划》中,尽管上海市政府提出,到2010年基本建成国际金融中心的框架体系,基本形成适合国内外投资者共同参与的、有国际影响力的金融市场体系,但该规划并未具体涉及离岸金融中心的建设问题。而在2008年央行、银监会、证监会、保监会共同制定的《金融业发展和改革“十一五”规划》中,也只是含糊地提到要建设多层次金融市场,推进现代金融体系和制度建设,对离岸金融市场的建设问题采取了回避态度。

然而,回避不是办法。如果我们不想再做声名狼藉的“世界工

厂”，让发达国家一边骂我们倾销一边享受我们廉价地牺牲本国自然资源和劳动力制造并出口的商品；如果我们不想再做国际金融游戏规则消极接受者，将自己绑在布雷顿森林体系之下，把低回报的美国国债当做宝贝似的一个劲儿地购买，以致不得不成为全球外汇储备最多的国家——实际上不过是向美国经济输血最多的国家而已；如果我们不想再位于国际金融系统产业链的底层，不断将本国劳动人民在制造与贸易行业用血汗积累起来的财富轻易地送到霸权主导的国际金融系统产业链顶端，并任由后者通过汇率安排、金融危机等多种手段掠夺我们的财富……那么，我们就必须全面参与国际金融竞争并争取国际金融秩序的话语权，我们就必须建立中国大陆自己的一流国际金融中心。而在这一竞争过程中，中国大陆离岸金融市场的建设，是颇为关键的一环。

其实，有关部门迟疑于推进离岸金融市场建设的主要原因，无非是相关法制的缺失以及风险的巨大，这一点，在首次中国大陆离岸金融试点的失败中，就已经明显地体现了出来。但问题在于，若要成为真正的经济大国，离岸金融中心的建设是迟早的事。故而作为负责的中国国际法学人，我们应该尝试对离岸金融的法制建设问题做出探讨。建设未动，法制先行。如果我们在这方面做得好的话，不仅可以为将来的中国大陆离岸金融市场建设保驾护航，而且可能促使有关部门及早打消顾虑，早日启动中国大陆离岸金融市场的全面建设。

目前，法学界对离岸金融法律问题的探讨，主要偏重于交易法领域，比如科沃的《离岸银行与金融的法律和实践》、韩龙的《离岸金融的法律问题》等；而经济学界对于离岸金融的探讨，虽会涉及监管法，但重点主要放在业务和市场方面，比如麦凯恩的《离岸金融》、布朗的《离岸金融服务手册》、连平的《离岸金融研究》、刘振芳的《离岸金融市场》、左连村和王洪良的《国际离岸金融市场的理论与实践》等。

而在中国，目前学术界研究离岸金融及其法律问题的主要成果，

偏重于对国外离岸金融及有关法律规范的介绍,且这种介绍由于种种原因呈现出“不系统、不清晰”的状态;即使有的研究对中国建立离岸金融中心做出了专门探讨,这些探讨也主要集中在建立离岸金融中心的必要性与可能性,以及在何处建立离岸市场等政策导向层面,对我国离岸金融法制建设的讨论则不成体系;而更加不容乐观的是,随着近年来离岸金融在中国的全面发展日益曲高和寡、连年被搁置,有关的学术研究相应地呈现出停滞不前的状态,有分量的学术成果也已经不再推出,这就陷入了一种理论无助于实践、实践拖累理论发展的恶性循环中。

基于此,本书尝试对离岸金融法做进一步的探讨,并希望此举可以有助于未来中国的离岸金融市场法制建设。

本书拟将离岸金融法作为一个整体来研究。这一整体由三个相互关联的部分构成:离岸金融法基本原则、离岸金融交易法和离岸金融监管法。本书将在借鉴前人研究成果、结合国际金融热点案例和重大事件的基础上,对离岸金融关系做较为细致的法学分析,并且将运用这些分析的成果来为中国建设自己的离岸金融市场构建法律框架。

本书的新颖性在于:对离岸金融、离岸金融市场的概念和特点做出重新界定;对离岸金融市场做出重新分类;从全新的角度阐释我国建立离岸金融市场的必要性、可行性,以及有关的短期和长期策略;将离岸金融法划分为相互关联的三个部分——离岸金融法基本原则、离岸金融交易法和离岸金融监管法,并对每一个部分都做出较为细致的法学分析;将离岸金融法的理论研究成果运用到中国建设离岸金融市场的实践上,尝试建构中国离岸金融法律的框架,对该框架内的主要具体法律问题做出探讨并提出相应建议。

目 录

第一章 离岸金融法概述 / 1

第一节 离岸金融 / 1

一、离岸金融的产生与概念 / 1

二、离岸金融的性质与特点 / 9

三、离岸金融市场的构成 / 15

四、离岸金融的发展趋势 / 19

第二节 离岸金融法 / 23

一、离岸金融法的概念与调整对象 / 23

二、离岸金融法的特点与架构 / 25

三、离岸金融法的基本原则 / 31

本章小结 / 41

第二章 离岸金融交易法 / 43

第一节 离岸金融交易法概述 / 43

一、离岸金融交易法的概念与特点 / 43

二、离岸金融交易法的构成 / 44

第二节 离岸金融交易冲突法 / 46

一、离岸金融交易主体及其法律地位 / 46

二、离岸金融交易中的法律规避和公共秩序保留 / 52

三、离岸货币交易关系的法律选择 / 60

第三节 离岸金融交易实体法 / 72

一、离岸金融交易实体法的特点 / 72

二、离岸债券交易的法律适用 / 74

三、离岸股票交易的法律适用 / 78

第四节 离岸金融交易纠纷的管辖权 / 83

一、一般管辖规则适用于离岸金融交易案件的问题及对策 / 84

二、离岸金融交易案件中的管辖权冲突与解决 / 87

本章小结 / 92

第三章 离岸金融监管法 / 98

第一节 离岸金融监管法概述 / 98

一、离岸金融监管法的概念与特点 / 98

二、离岸金融监管法的构成 / 99

第二节 离岸金融市场模式监管法制 / 101

一、内外业务混合型市场模式 / 101

二、内外业务分离型市场模式 / 103

三、虚拟业务型市场模式 / 105

第三节 离岸金融市场准入监管法制 / 108

一、市场准入监管原则 / 108

二、准入主体的范围 / 110

三、准入主体的形式 / 111

四、准入许可的方式 / 114

第四节 离岸金融业务经营监管法制 / 116

一、资本金要求 / 116

二、业务范围的限制 / 118

三、交易对象的限制 / 120

四、交易货币的限制 / 122

第五节 离岸金融税收征管法制 / 124

一、离岸金融市场税收征管原则 / 124

二、离岸金融市场上的国际避税 / 128

三、离岸金融市场上的税收管辖权冲突 / 131

第六节 离岸金融风险监管法制 / 134

一、巴塞尔委员会与离岸银行业监管集团 / 135

二、资本充足率监管 / 137

三、信用风险监管 / 142

四、市场风险监管 / 150
五、其他风险监管 / 155
六、内控机制 / 165
七、监管措施 / 169
本章小结 / 171
第四章 中国建立离岸金融中心的法律问题 / 176
第一节 中国离岸金融业务的发展及其离岸金融中心的建立 / 176
一、中国离岸金融业务试点的历史发展 / 176
二、中国建立离岸金融中心的必要性与可行性 / 182
三、中国建立离岸金融中心的策略选择 / 191
第二节 中国离岸金融的法律规制 / 204
一、中国离岸金融法制建设的策略选择 / 204
二、中国离岸金融法制的基本原则 / 206
三、中国离岸金融交易法制 / 210
四、中国离岸金融监管法制 / 214
本章小结 / 242
结论 / 246
参考文献 / 250
后记 / 257

第一章 | 离岸金融法概述

第一节 离岸金融

一、离岸金融的产生与概念

(一) 离岸金融的产生

第二次世界大战以后,世界主要资本主义国家的商品贸易都得到了恢复和发展,但是各大金融市场天然的分割以及各国政府采取的外汇和资本管制措施,使国际资本的流动受到极大限制,各国金融市场处于相互封闭状态。随着经济全球化的发展,这种封闭的金融体制越发与整个经济发展形势格格不入,取消外汇和资本管制、建立一个自由的国际金融大市场成为经济发展的需要;信息时代的到来打破了因自然因素造成的各金融市场的分隔,随着金融全球化的趋势日渐明显,离岸金融市场终于应运而生,并逐渐成长和发展起来。

若追本溯源的话,那么应该说,离岸金融业务发源于欧洲货币业务。

欧洲货币业务历史悠久,最早可以追溯到19世纪。^[1] 欧洲货币并非欧洲国家的货币,而是指在货币发行国境外的其他银行中存贷的货币,“欧洲”一词一般表示货币交易的市场所在地。

[1] 参见连平:《离岸金融研究》,中国金融出版社2002年版,第12页。

多个国家、多个银行、多种货币在欧洲的存在,以及欧洲银行间同业拆借市场的繁荣,带给了欧洲货币业务产生和发展的土壤。20世纪20年代,中欧一些国家的某些银行经营了涉及英镑、美元、德国马克和奥地利先令的存贷款业务。尽管这些业务由于“二战”的爆发而一度中断,但在“二战”后,欧洲货币业务重新兴起并获得了持续的发展,形成了一个具有相当规模的欧洲货币市场。

就欧洲货币市场本身而言,其发展经历了两个主要阶段。

第一个阶段是20世纪50年代。当时,美元作为布雷顿森林体系中唯一直接与黄金挂钩的货币,在国际间被接受的程度很高。苏联和东欧国家也经常在国际贸易中使用美元作为结算货币,这样一来,苏联和东欧国家手中就握有大量剩余的美元。但是,苏联和东欧国家又担心,一旦将这些美元存入美国的银行,它们就会被美国政府没收(正如美国政府在朝鲜战争时期冻结中国存放在美国的全部资产那样)。因此,这些国家纷纷将其手中持有的美元存在伦敦和欧洲大陆的银行中。1957年,英国因发动入侵埃及的战争而导致国际收支恶化,以致发生了英镑危机,英国金融当局不得不加强外汇管制,禁止本国商业银行使用本币对非英镑区居民之间的贸易进行融资,这使得英国商业银行纷纷转向美元,他们开始通过提供竞争性利率的方式大量吸收美元存款并以美元放贷。如此一来,一个在美国境外经营美元存贷业务的资金市场就开始在伦敦出现了。而自1958年起,美国的国际收支逆差逐渐扩大,西欧各国通过与美国的贸易顺差掌握了大量的美元盈余,于是这些国家便将剩余的美元存在欧洲的美元市场以获得较高的利息。在同一年年底,一些西欧国家还恢复了货币的可自由兑换,欧洲部分地区实现了美元的自由买卖和美元资本的自由流动,西欧部分银行之间的同业拆借业务也使用美元进行。可见,苏联和东欧社会主义国家将美元存入西欧银行以避免美国没收这一颇具政治意味的举动,在其他因素的共同作用下,产生了大量的欧洲美元存贷款业务,导致了欧洲货币市场的产生,并使得这一市场初具规模。当然,这一时期,欧洲货币市场刚刚

启动,市场规模较为有限,其范围也主要集中在西欧地区。

第二个阶段是20世纪60年代。在这一时期,欧洲货币市场无论是在速度、规模还是覆盖面上都获得了极大的发展。美国国际收支的长期逆差,促使美国金融管理当局对本国的银行采取了一系列的管制措施以限制美元外流,包括坚持实施1933年制定的Q条例、^[1]1963年7月开征“利息平衡税”、^[2]1968年颁布《国外直接投资规则》要求本国金融机构控制对非居民的贷款数额,^[3]等等。然而,事实证明,美国试图以“堵”的方式限制资金外流,几乎是徒劳无功的。庞大的金融资本总能见缝插针,找到新的方法、新的出路,去追逐更高的利润。所以,美国“堵”了半天,不仅没有起到真正限制资金外流的作用,反而促使了欧洲美元市场的飞速发展。在整个60年代,欧洲美元市场规模扩大了十几倍。在这一时期,随着美元的霸权地位的日益衰落,其他欧洲货币在美元危机中逐渐形成。欧洲货币市场使用的币种不再仅限于美元,欧洲德国马克、欧洲瑞士法郎、欧洲英镑、欧洲法国法郎以及欧洲意大利里拉等交易货币陆续出现,欧洲货币市场币种结构呈现多元化。欧洲货币业务普遍存在于欧洲大陆各主要金融中心,而且这一市场已经具有相当的规模。

曾经,欧洲货币市场就是唯一的离岸金融市场,欧洲货币业务也是唯一的离岸金融业务。然而,随着欧洲货币市场在深度和广度上的扩展,以及世界各国对欧洲货币业务的模仿和创新,一个超出欧洲

[1] 该条例规定美国商业银行对30天以下的存款不付利息,并限定了30天以上的存款以及定期储蓄存款利率的最高额度,这导致当时美国银行的利率低于西欧的银行,反而促使大量美元流向欧洲谋取更高利润。

[2] 所谓利息平衡税,是指美国居民购买外国在美发行的证券所得高于本国证券的利息收益的,超额部分必须作为税款无偿缴纳给政府。尽管这样做确实限制了美国居民的资金外流,但同时也导致外国筹资者无法进入美国市场,这样一来,他们只能转而进入欧洲货币市场筹集资金。

[3] 尽管美国金融机构在本国的对外贷款能力由此受到强行限制,然而不受该规则约束的美国金融机构海外分支机构却加强了此类业务活动,从而弥补了美国总部的业务损失。