

《全面深化改革背景下的金融服务法创新》专辑

金融服务法评论

第六卷

主 办：中央财经大学金融服务法研究中心
中国证券法学研究会
北京市金融服务法学会
网络支持：中国金融服务法治网
(www.financialservicelaw.com.cn)

主 编：郭 锋
副 主 编：甘培忠 曾筱清
执行主编：邢会强

中国（上海）自由贸易试验区的法治建设、法律适用与司法保障/郭锋

从“身份中心主义”到“信息中心主义”

——内幕交易主体法律规制之变迁/夏中宝

美国证监会的行为偏差/史蒂芬·蔡 亚当 C.普里查德/文 邢会强/译

欧洲议会与欧洲理事会2013年第50号指令（关于证券市场透明度指令的修改）/徐凤 译

韩国金融控股公司法/董新义 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《全面深化改革背景下的金融服务法创新》专辑

金融服务法评论

第六卷

主 办：中央财经大学金融服务法研究中心
中国证券法学研究会
北京市金融服务法学会

网络支持：中国金融服务法治网
(www.financialservicelaw.com.cn)

主 编：郭 锋
副 主 编：甘培忠 曾筱清
执行主编：邢会强



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融服务法评论. 第6卷 / 郭锋主编. —北京: 法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6586 - 1

I. ①金… II. ①郭… III. ①金融法—研究—丛刊
IV. ①D912. 280. 4 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 143002 号

金融服务法评论(第6卷)

郭 锋 主编

责任编辑 王 晗

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 33.25 字数 582 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 - 6586 - 1

定价: 55.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目录

Contents

中国(上海)自由贸易试验区专题

- 中国(上海)自由贸易试验区的法治建设、法律适用与司法保障 郭 锋/3
- “负面清单”与外国公司的司法规制 王克玉/14
- 上海自贸区金融监管创新问题初探 廖 凡/23

金融服务法总论

- 日本《金融商品交易法》新近修改及启示 樊纪伟/35
- 金融消费纠纷多元化解决机制的理论与实证 邢会强/50
- 金融机构的雇主替代责任 杨 康/61
- 海外投资法律风险评估原理研究
——以并购为例 黄清华/75
- 软法与制裁:经济政策协作与《稳定与增长公约》的改革
[英]德莫特·霍德森 [英]伊梅尔达·马赫 文 管 斌
杨 阳 译 管慧娟 校/89

银行法

- 美国房贷按揭借款人及其消费者法律保护的新进展
[美]哈尔·斯科特 文 刘 俊 刘菊欣 译/105
- 市场化背景下利率竞争法规制研究 王斐民 陈志博/121
- 我国新型资本工具的发展及其与次级债的比较 杨菁菁/128
- 银行必须警惕可疑交易活动而不能逃避
Tucker Ronzetti 文 朱 玲 译/139

证券法

- 论证券交易所的“公司化”改革和自律管理职责履行方式的调整 杜 晶/147
- 从“身份中心主义”到“信息中心主义”
——内幕交易主体法律规制之变迁 夏中宝/167
- 美国证券监管中的“无异议函”制度 白一方/224
- 美国证监会的行为偏差
[美]史蒂芬·蔡 [美]亚当·C. 普里查德 文 邢会强 译/243
- 论证券公益诉讼的程序构建 袁达松 廖雅雯/260
- 资产支持证券分层结构证券持有人表决权制衡的实证分析
——以 2005 ~ 2013 年的信贷资产证券化案例入手 孙 笛/274
- 关于办理证券类犯罪案件具体应用法律问题研究
吴春妹 宋 伟 张启明 刘梦甦/292

保险法

- 建立存款保险制度是构建我国金融安全网的关键步骤 贾林青/317
- 相互保险公司法律制度运行现状研究 石东洋 袁 冰/324

金融服务法讲坛

- 台湾地区“公司法”2011 ~ 2013 年修正条文解析 林国全/339

学术综述

- 放松管制背景下的金融服务法学
——2013 年度中国金融服务法学研究动态与综述
申 晨 王 可/353

国外金融立法文本中译本

- 欧洲议会与欧洲理事会 2013 年第 50 号指令(关于证券市场透明度
指令的修改) 徐 凤 译/391

美国金融技能与教育改善法

曾天琪 译/413

美国公平信贷机会法

伍晓雯 译/420

2009 年信用卡问责、义务和信息披露法

官 琴 译/434

韩国金融控股公司法

董新义 译/465

重要启事 /520

Contents

Special Paper on China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone

- Legal Construction, Legal Application and Justice Guarantee in China
(Shanghai) Pilot Free Trade Zone *GUO Feng/3*
- Negative List and Justice Regulation of Foreign Companies *WANG Keyu/14*
- Primary Probe on the Innovation of Financial Regulation in China
(Shanghai) Pilot Free Trade Zone *LIAO Fan/23*

General Theories of Financial Service Laws

- The Recent Revisions of Financial Instruments and Exchange Act in Japan
and the Enlightenment *FAN Jiwei/35*
- Theoretical and Empirical Research of Multi – Dispute Resolution Mechanism
of Financial Consumer Disputes *XING Huiqiang/50*
- Employer Vicarious Liability of Financial Institutions *YANG Kang/61*
- Research on Assessment Rationale of Legal Risk in Outbound Investment
—Taking M & A As Examples *HUANG Qinghua/75*
- Soft Law and Sanctions; Economic Policy Co – ordination and Reform of the
Stability and Growth Pact
Written by Dermot Hodson and Imelda Maher,
Translated by GUAN Bin and YANG Yang, Examined and Proofread by
GUAN Huijuan/89

Banking Laws

US Housing Markets: New Legal Relief for Borrowers and Consumer Protection

Written by Hal Scott, Translated by LIU Jun and LIU Juxin/105

Competition Law Regulation of Interest on the Background of Marketization

WANG Feimin and CHEN Zhibo/121

Development of New Capital Instruments and Comparison them with

Subordinated Debts

YANG Jingjing/128

When Bankers Look the Other Way

—Suspicious Activity Requires Vigilance, Not Avoidance

Written by Tucker Ronzetti, Translated by ZHU Ling/139

Security Laws

Securities Exchange Demutualization and the Self – regulation Model Reform

DU Jing/147

From “Identity Centralism” to “Information Centralism”

—Transition of Legal Regulation on Subject of Insider Trading

XIA Zhongbao/167

No Action Letter in Security Regulation of USA

BAI Yifang/224

Behavioral Biases within the SEC

Written by Stephen Choi & Adam C. Pritchard,

Translated by XING Huiqiang/243

On Construction of Public Interest Litigation Procedures in Security Laws

YUAN Dasong and LIAO Yawen/260

The Practical Analysis of the Conflict of Different Levels of ABS Holders’

Voting Rights

—Cases of Credit Assets Securitization from 2005 to 2013 *SUN Di/274*

Specific Application Legal Issues in Handling of Securities Crime Cases

WU Chunmei, SONG Wei, ZHANG Qiming and LIU Mengsu/292

Insurance Laws

- The Establishment of Deposit Insurance System is A Key Step to Build
China's Financial Safety Net *JIA Linqing/317*
- The Current Situation of Mutual Insurance Companies Legal System
SHI Dongyang and YUAN Bing/324

Financial Service Laws Pulpit

- Analysis of Amendment of Companies Law in Taiwan District from 2011 to 2013
LIN Guoquan/339

Academic Review

- Financial Service Law Science on the Background of the Deregulation
—A Review of the Studies on Financial Services Laws in 2013
SHEN Chen and WANG Ke/353

Legal Translations of Foreign Financial Service Law

- Directive 2013/50/EU of the European Parliament and
of the Council of 22 October 2013 *Translated by XU Feng/391*
- The Financial Literacy and Education Improvement Act (USA)
Translated by ZENG Tianqi /413
- The Equal Credit Opportunity Act (USA) *Translated by WU Xiaowen/420*
- Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act of 2009(USA)
Translated by GUAN Qin/434
- Financial Holding Company Act (South Korea)
Translated by DONG Xinyi/465

Important Notice/520



中国(上海)自由 贸易试验区专题

中国(上海)自由贸易试验区的法治建设、 法律适用与司法保障*

郭 锋**

内容摘要:自贸试验区不仅是贸易、投资和金融制度的创新和试验区,也是司法体制、审判机制、法官职业化建设的试验区。上海自由贸易试验区重在制度创新,制度创新引起法律法规的调整和变化,司法审判中应当及时跟进并准确适用。应完善审判机制,提高审判专业化水平,健全和完善立案、审判和执行工作机制,提高自贸区案件的审判效率和诉讼服务水平。同时要加强审判管理,强化司法公开,做好涉自贸区案件的审判管理信息交流、案件评查、案例总结等方面的工作,加强司法解释、司法指导、司法统计工作,不断完善涉自贸区案件适用法律统一机制。

关键词:上海自贸区 自由贸易试验区 法律适用

十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》要求“加快自由贸易区建设”。在此前国务院印发的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》中,明确要求“完善法制领域的制度保障”,并涉及部分法律的调整实施、部分行政法规和国务院文件的停止实施、授权地方立法等问题;总体目标中要求“着力培育国际化和法治化的营商环境,力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区”。因此,法学理论界、司法界应当高度重视对中国(上海)自由贸易试验区(以下简称自贸试验区)的法治建设、法律适用与司法保障等问题的对策性研究。

* 本文为中央财经大学金融服务法研究中心与最高人民法院联合开展的课题《中国(上海)自由贸易试验区司法保障研究报告》中的部分内容。该报告得到周强院长、沈德咏常务副院长、江必新副院长的批示和韩正书记的重视。感谢课题组其他成员对本文的贡献。

** 中央财经大学法学院院长、教授,中央财经大学金融服务法研究中心主任,中国证券法学研究会会长,最高人民法院研究室副主任(挂职)。

一、自贸试验区的法律和制度渊源

根据国务院总体方案,自贸试验区旨在建设成为具有国际水准的投资贸易便利、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,使之成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”。因此,自贸试验区是我国主权领土范围内划定的、置于海关管辖之外的特殊经济区域,是我国境内单方成立的对外开放和对外政策优惠区域,其成立非出于履行国际条约或协定。一方面自贸试验区与中国大陆其他地区对外承担同样的国际法义务,另一方面自贸试验区内更自由、更优惠的贸易和投资制度与中国承担的国际义务不冲突,不会增加任何国际责任。自贸试验区给予外国商品或服务高于本国商品或服务的超国民待遇并不违反国民待遇原则,同时,享受这些待遇的基础是地域,即进入自贸试验区,而不是针对某一个国家给予特权、优惠和豁免,因此不也涉及最惠国待遇原则的适用。

在国内法律制度渊源上,现行《立法法》第8条明确规定,基本经济制度以及财政、税收、金融和外贸的基本制度只能由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。根据国务院有关自贸试验区《总体方案》的要求,自贸试验区的建立,不仅涉及投资领域的开放、贸易发展方式的转变,还关系到金融领域的开放创新、税收政策的调整等,这些均需要从国家法制的层面提供相应的制度保障,即对既有现行立法进行效力范围的调整,并为自贸试验区制定特殊的金融、税收、外贸等法律制度。鉴于《立法法》第8条对法律保留事项的严格规定,凡涉及基本经济制度以及财政、税收、金融和外贸的基本制度适用方式和适用范围的调整,应由全国人大常委会决定,其他主体不得自行调整。

但对此主要有两种途径:一种是依固有做法,全国人大常委会专门对特定事项进行授权,如《全国人大常委会关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》。法理上,自贸试验区在变通执行或适用国家的财政、税收、金融和外贸的基本制度方面,全国人大常委会理应照此逐项授权。另一种则是基于现行法律规定的授权条款,不再重新作出授权决定。以税收问题为例,《海关法》在立法时采用开放性的条款,第57条第1款规定:“特定地区、特定企业或者有特定用途的进出口货物,可以减征或者免征关税。特定减税或者免税的范围和办法由国务院规定。”国务院对于关税制度的调整权力不需全国人大常委会再行决定。

总之,自贸试验区可以根据上述立法授权体制以及国务院通过的《中国(上

海)自由贸易试验区总体方案》设计的框架性纲领,进而授权上海市政府根据方案“先行先试,推进实施”。

二、自贸试验区的法制调整与完善

(一)外商投资法律制度

外商投资法的调整适用首先涉及国民待遇的提前适用。传统的外商投资领域采取的控制模式中,国民待遇适用于投资之后的阶段,实际上是侧重于对外国的投资给予国民待遇,而非给予外国投资者的国民待遇。自贸实验区的外商投资在准入前便适用国民待遇原则,将国民待遇延伸至投资发生和建立前的阶段,即给予外资准入前的外国投资者以国民待遇。为此,我国外资管理体制必须发生改变,从当前的“外商投资产业指导目录”全面转向“负面清单”模式,并将外商投资项目由核准制改为备案制,工商登记与商事登记制度改革相衔接,投资于负面清单以外行业的外商投资企业,适用修改后的外商投资企业法中的备案制,外商投资企业合同、章程、设立、合并、股权转让等由审批改为向上海市政府有关部门备案即可生效,备案后按规定办理企业登记注册手续。

外商投资企业的公司治理方面,《公司法》规定的治理模式在外商投资企业中应得到落实。企业原最高权力机构由董事会改为股东会,可增设监事,使外商投资企业的治理结构与《公司法》所规定的内资企业的治理结构相一致,在法律适用上为“外商投资企业法”与《公司法》消除隔膜,完善外商投资企业自身治理结构,落实真正意义上的国民待遇。为此,现行“外商投资企业法”对此宜作进一步修订,或授权国务院调整,或者实践中将对外商投资企业内部的机构设置视为“外商投资企业法”适用中的“非实质性”事项,由合资方或公司股东自主决定。

(二)金融法律制度

根据国务院上海自贸试验区方案,在风险可控前提下,可在自贸试验区内对人民币资本项目可兑换、金融市场利率市场化、人民币跨境使用等方面创造条件先行先试,这将使自贸试验区货币市场与国际货币市场局部连接,在贸易、投资法制层面形成“境内关外”,在金融法制层面形成“境外关外”的人民币离岸市场,必然面临着对资本进出的管控和防范风险的重任,自贸试验区逐步推行利率和汇率的市场化的过程中,会有大量资金的进入和自由流通,其中的中长期资本自然是有利的,而短期资本则往往是套利投机性质的热钱,可能会带来人民币升值的压力和更多的资产泡沫。

为避免金融系统风险,监管层和银行业需要严格隔离区内和区外资金,尽量有效识别套利资金,建立完善的防火墙制度。现有的区域内银行账户可能要重新设立,按照离岸账户来管理,并彻底分离离岸账户与在岸账户。从操作层面来看,建立分账式系统,区别自贸区分行与其他境内银行的相关业务性质和类别,自贸试验区账户采取特殊标识并单独核算。除了资本账户管制举措、汇率政策以及利率管制外,对银行业的监管举措也将随之改变,重点识别流动性风险、国别风险、市场风险和交易对手风险,现有的审慎监管指标如存贷比、流动性风险监管指标都需要根据区内机构展业的实际情况作出调整,特色性的检测报表体系、报表的内容、报送频率、检测频度也需要作出调整。

考虑到不少发展中国家在进行资本项目开放的过程中出现过金融危机的事实,以及资本自由流动带来的负面影响,借鉴发达国家资本项目自由化的进程,我国的资本项目开放宜采取循序渐进的方式进行,稳步推进。在未来很长一段时间内的政策制定上,仍应考虑到与国内产业发展的对接和投资方向的控制等问题,逐步推进“市场化”,例如,在利率市场化方面也不能一步到位,而是先资产(贷款)、后负债(存款),以尽力控制自贸试验区内外的套利行为。

(三)贸易航运法律制度

自贸试验区便利贸易制度调整的重要内容,就是“一线逐步彻底放开、二线高效管住、区内货物自由流动”制度,对进出口商品全部或者大部分免征关税,自贸试验区内实施自由进出管理,无须申报海关手续,由其他职能部门负责管理,凡进出或转运货物在自由港装卸、转船和储存也不受海关限制;对进入区内的物品,除非是基于国家安全或公共利益的需要,一律免于检验;在区内实施交易自由。在二线既要管住,还要管好,要求在监管方式和审批程序上应实现便利化、适时化,对此可借鉴外国自贸区的做法,以电子报关和电子审单为基础建立“一站式”电子通关系统,同步连接海关、检疫、检验、商务、外汇管理、税务、安全以及其他政府相关部门,实施电子通关、货物分类管理、企业信用管理、抽检制度、离区核销制度以及其他监管制度。

航运制度的调整和完善,应着眼于建设国际航运中心的目标,适当降低船舶运输的税务负担和营运成本,利用中资“方便旗”船税收优惠政策,促进符合条件的船舶在上海落户登记。允许外国籍船舶在我国沿海港口之间从事外贸集装箱重箱的国内段运输,使中资拥有或者控股的方便旗船能享受国内的优惠政策。吸引外国船舶登记、停靠,增进物流产业,船舶业税收,从战略角度推进上海在建设东亚地区的物流中心的地位,并带动加工贸易、转口贸易、仓储业、期货业、服务业的大

发展。

(四)商事登记法律制度

根据国务院自贸试验区总体方案的要求,在扩大开放的服务业领域,暂停或取消投资者资质要求、股比限制、经营范围限制等准入限制措施(银行业机构、信息通信服务除外),对负面清单之外的领域,除国务院规定对国内投资项目保留核准的除外,将外商投资项目由核准制改为备案制,工商登记与商事登记制度改革相衔接,逐步优化登记流程。

随着自贸试验区内的工商登记与商事登记制度的改革,自贸试验区商事登记制度将从传统上的登记生效主义改由兼采登记对抗主义。对于商事设立登记时的事项,基本都应是生效要件,对于变更登记事项,可区分实质性事项和非实质性事项来审查,实质性的事项应作为生效条件,非实质性事项应作为对抗要件。但有些实质性要件,如股权转让、股东变更等都属于对抗要件。中央和自贸试验区地方立法应明确规定登记事项中哪些作为生效要件,哪些作为对抗要件。

(五)税收法律制度

在全国人大常委会第四次会议授权国务院暂时调整自贸试验区法律规定的审批中,并不包括税法或税务行政审批,也未授权国务院在税收优惠政策方面更多的选择。自贸试验区七类税收优惠的税种覆盖所得税、流转税、关税,而从税收优惠的程度来看,除了非货币性资产投资的所得税优惠政策有所突破外,其余六类税收优惠政策虽是既有政策的复制,但在不同政策上表现出的优惠程度各异。因此,目前自贸试验区的税收优惠政策,可在现有的税收优惠政策框架下,参照天津、横琴、平潭等地的特殊优惠政策,进行筛选与整合,在政策合法性层面回避授权立法可能带来的程序瑕疵。但是,自贸试验区在起步阶段将面临税法适用上的不确定这一现实问题。

例如,在非货币性资产投资优惠政策上,注册在自贸试验区内的企业较容易理解,然而个人股东是否仅指个人以非货币性资产向注册在自贸试验区内的企业出资行为,才可享受分5年纳税待遇,需要进一步明确。再如,在个人所得税股权激励优惠政策上,自贸试验区放宽了原先对高新技术企业和技术的限制,既有政策明确优惠的适用前提是“技术人员一次缴纳税款有困难”,必经程序是“主管税务机关审核”,对此,自贸试验区究竟采用备案制还是审批制,需要进一步明确,否则可能引发税务争议。另外,在进口免税优惠政策上,对自贸试验区内生产企业和生产性服务业企业进口所需的机器、设备等货物予以免税,然而无论在适用主体还是征税对象上都比现有政策有所限缩,是否与“在现行政策框架下”发生冲突,需