

国际税收监管协作的新发展： 以美国《海外账户税收合规法》的推行为中心^{*}

冯 辉

内容提要：《海外账户税收合规法》(FATCA)的推行体现出金融全球化时代美国通过单边域外管辖强化国际金融及税收监管协作的立场。此种做法正逐步为多国所接受,表明其已经与双边和多边合作一样,成为税收监管协作的一种模式。FATCA以信息监管为中心,以经济利益为威慑,试图以单边域外管辖打破双边及多边合作在税收信息交换方面不力的困境,在实践中灵活采取共同而有区别的类型化策略。其虽有争议和风险,但客观上促进了税收监管协作的发展。FATCA关于主权豁免问题的规定也具有规则的示范效应。我国应尽快与美国启动双边谈判并颁行自己的FATCA,力求在新一轮的国际税收监管协作中占据主动。

关键词：《海外账户税收合规法》 监管协作 信息监管 域外管辖 豁免

冯辉,对外经济贸易大学法学院副教授。

一 引 言

2010年3月18日,美国颁布《海外账户税收合规法》(Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA),^[1]并分别于2012年2月15日和2013年1月17日由美国国税局和财政部联合颁布了实施细则草案与定稿。FATCA的核心内容是信息报告和预提税制度,即要求

* 本文获得对外经济贸易大学学科建设专项经费资助,同时受到对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金支持(批准号:14YQ10)。

[1] 严格说来,FATCA并非一部独立的法律,而是2010年3月18日颁布的《刺激雇佣以恢复就业法》(Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010)中的一部分,而后者则是对1986年版《国内税收法典》(Internal Revenue Code of 1986)的修订。参见Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010, Pub. L. 111-147, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/content-detail.html>,最后访问于2014年4月30日。网络资料的访问时间下同。

海外金融机构向美国国税局报告美国纳税人的海外金融账户信息,或美国纳税人在其中享有实质收益的外国实体的金融账户信息;不遵守信息报告义务的外国金融机构在获得来源于美国的某些收入(包括股票红利、利息、保险费等)时将被征收30%的预提税。^[2]

FATCA颁布后引起不少争议和反对,在推行进度上一度也出现反复。FATCA及其实施细则草案中确定的生效时间是2013年1月1日,实施细则定稿则将之推迟至2014年1月1日。2013年7月29日,美国国税局宣布将生效时间再推迟6个月至2014年7月1日。截至2014年4月30日,美国财政部官网宣布已有30个国家与美国签署了政府间协定,包括英、法、德、瑞士、开曼群岛等代表性国家和地区。^[3]从美国国税局和财政部的态度以及FATCA已经取得的推行成果来看,生效时间再度推迟的可能性已经很小。

2013年7月10日,中美双方在第五轮中美战略与经济对话中承诺,尽最大努力在2014年1月前就FATCA的实施达成协议。^[4]对于尚未与美国缔结双边政府协定的中国而言,FATCA问题已变得棘手而紧迫。FATCA反映出以信息为中心的国际金融及税收监管协作的发展趋势,有必要对其加以追踪和分析。美国以不乏霸权色彩的单边域外管辖扩张其国内立法固然令人反感,但在规制国际避税成为各国共识,且二十国集团中的众多成员以及瑞士、开曼群岛等标志性避税地均已签署双边政府协定的客观情势下,仍一味以霸权主义相斥并消极等待显然并不明智。全球化对世界经济、政治和法律的影响日益深刻,以自由贸易协定、双边投资协定等为代表的新一轮贸易规则正在引发世界经济与贸易领域的法律变革,而FATCA的推行则表明了在传统的主权国家监管事项上出现的协作需求及其面临的困境。长期以来,我国在上述领域的规则制定和解释方面均处于较为被动的地位,应当以FATCA为契机对这一局面作实质性的突破。

二 以信息为中心的国际税收监管及其协作

(一) 传统的信息获取机制及其困境

全球化促进了资本的全球流动,在促进经济自由和发展的同时也带来了难以有效规制跨境逃税避税的困扰。如何获取充分、及时、有效的信息,成为税收监管绩效的基础和决定性因素。国内税收信息的获取可以有效依赖直接且具有强制性的国家权力,以及明确且执行力较强的法律规范,相比之下国际范围内的税收信息获取则存在巨大障碍。解决这一障碍的传统方式是订立双边和多边协定,即通过国家之间的税收信息交换来获取税收信息。“在经济全球化的背景下,随着主权国家之间税收合作和协助的日益加强,这

[2] Foreign Account Tax Compliance Act, SEC. 501, Information Required to Be Reported on United States Accounts, [http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-\(FATCA\)](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA)).

[3] 此外,包括巴西、印度、南非、韩国在内的二十国集团成员以及英属维尔京群岛、新西兰、瑞典等共26个国家已经与美国完成了签署双边协定的实质性准备。参见 U. S. Department of the Treasury, Resource Center, <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

[4] 参见《第五轮中美战略与经济对话联合成果情况说明》, http://finance.ifeng.com/a/20130713/10158583_0.shtml。不过由于美国国税局和财政部在2013年7月底再次延迟了FATCA的生效日期,中美对话中的承诺期限也应视为自动延迟。

种税收合作机制往往以双边或多边条约为载体,借助这种条约机制,在岸国不仅可以获得域外的税收信息,还可以使本国的税法通过避税地国的协助,在域外间接地得到执行。但是,这种条约义务还必须通过成员国国内的法律来保证实施。”〔5〕

双边协定是指不同国家之间通过签订双边税收情报交换协定(Tax Information Exchange Agreement, TIEA)或者避免双重征税协定(Double Taxation Convention, DTC)获取税收信息,常见的信息交换方式包括应请求的交换(缔约一方主管当局针对国内具体案件,依据协定请求另一方主管当局提供相关情报)、自动信息交换(缔约双方主管当局依据约定,以批量形式自动提供有关纳税人取得专项收入的情报)和自发信息交换(缔约一方主管当局将其认为有助于另一方主管当局执行税收协定及其所涉税种的信息主动提供给另一方主管当局)等。双边协定尊重当事国各自税收主权,以各自需求为基础并通过协商达成,理论上可执行度较高。但实践中,由于不同国家税制差别较大,对跨国税收监管的实际需求有较大差异,其结果往往是,一方面为达成双边协定而需付出的时间成本越来越高,达成的共识越来越狭窄;另一方面一国与其他国家签订的TIEA或DTC数量膨胀以后容易出现“碎片化”,可操作性与执行力均显著降低。

多边协定主要由经济与合作发展组织(以下简称“经合组织”)、欧洲委员会和二十国集团等推动。1987年,经合组织与欧洲委员会共同制定了第一部多边税收合作公约——《多边税收行政互助公约》,目的是在尊重纳税人权利的基础上促进各国协调打击国际避税,其中包括了税收信息交换的内容。2000年经合组织成立“全球税收论坛”,推广其所制定的各项反避税政策,并于2002年公布《税收情报交换协定范本》,用于指导各国通过情报交换促进国际税收监管协作。2008年全球金融危机爆发后,在二十国集团推动与授权下,全球税收论坛于2009年9月改组为“全球税收透明度与信息交换论坛”,专门致力于监督和促进各国执行一项税收透明度和信息交换标准及原则,即“为请求方提供可预见的相关信息”。2008年10月,《联合国发达国家和发展中国家之间避免重复征税协定范本》将该项标准及原则收录其中,标志着其在全球范围内正式得到认可。〔6〕2010年4月《多边税收行政互助公约》作了修订,主要体现在:经经合组织和欧洲委员会一致同意,非经合组织和非欧洲委员会成员国可以加入,从而在新形势下扩大了该公约的适用范围;明确突破国内税收利益要求和银行保密制度对税收信息交换的障碍,从而强化了税收透明度原则;扩大了信息交换的范围,在传统的应请求交换模式之外增加了自动交换模式。〔7〕

相对双边协作而言,多边协作的优势首先是能够使信息交换的内容和范围均具备更加直接和清晰的模板,便于执行。其次,多边协作能够通过设置具有一定约束力的措施增强多边规则的执行力。比如为推动“税收透明度和信息交换标准及原则”的实施,2009年二十国集团支持经合组织建立了“名单制度”,即把在税收透明和信息交换问题上不合作的国家和地区列入黑名单,取消其获得国际货币基金组织和世界银行融资援助的资格;

〔5〕 崔晓静:《从“瑞银集团案”看国际税收征管协调机制的走向》,《法学》2010年第12期。

〔6〕 参见崔晓静:《国际税收透明度同行评议及中国之应对》,《法学研究》2012年第4期。

〔7〕 参见崔晓静:《〈多边税收行政互助公约〉修订及我国之应对》,《法学》2012年第7期。

2010年,二十国集团又支持全球税收论坛推出了“同行评议制度”,即组成同行评议小组对论坛的100多个成员国的税收透明度与信息交换情况进行全面检测和评估,对外公布检评结果并向二十国集团报告。这些措施在一定程度上塑造了国际税收信息交换机制的约束力,但与此同时其实际效果也存在诸多不确定性。特别是,其效力从根本上说依赖于缔约方或成员国的主动认同,多采取鼓励性和诱导性措施,往往通过声誉机制实现劝导或督促之功能。至于其设置的惩罚措施,一方面实际效果尚待观察,另一方面在实践中还面临稍有不慎即可能引发推行霸权、干涉内政之指责的尴尬。^[8]易言之,这些“软性治理机制”的实际功能固然不容否认,但其之所以能够在经合组织中得到采用并发挥一定作用,是因为OCED在成员构成特有的趋同性;在更广泛的范围内,硬性约束力的缺位使得同行评议程序这一软性治理方法面临诸多挑战和不确定性。^[9]事实上这也正是绝大部分国际组织特别是会议和论坛性合作组织面临的共同困境。

(二) FATCA 的价值与启示

税收信息交换的困境显示出在全球化的背景下,税收信息的获取存在着类似于公共产品的困境。一方面,特定纳税人在国际范围内的税收信息与其居住地国及众多来源地国均存在密切的利益关系,特别是对其居住地国的税收主权管辖具有十分重要的意义。另一方面,国际事务的复杂性以及以双边和多边协作方式进行税收信息交换的困难,又导致税收信息的获取存在严重的“公地悲剧”。^[10]税收监管对于税收信息而言属于外生力量,监管机构及制度对纳税人及其经营活动的“嵌入”程度决定了信息获取以及整个监管机制的绩效。即使就国内征管而言,这种外生性也造成了不同程度的监管成本,全球化和跨国监管则进一步放大了这种困难和复杂性。

FATCA正是应此而生,其核心在于在双边和多边协作之外创设一种明确、直接、有效的税收信息获取机制。^[11]要言之,凡美国自然人、美国机构或拥有美国实际受益人的外国机构持有的价值总计在5万美元以上的金融账户,有关账户持有人的类别、姓名、住址和纳税人身份识别号,账户号码、余额或价值,账户的存、提、汇出、汇入款项等信息均需报告。所报告的信息既应包括利息、股息、租金、工资、薪金、奖金等固定的或可以决定的年度或定期的支付,也应包括出售或以其他方式处分美国证券的净收入。承担报告义务的外国机构包括外国非金融机构与外国金融机构。外国金融机构又包括三类:一是在通常银行业务过程中接受存款的机构,包括商业银行、储蓄银行等;二是以为他人的账户持有金融资产作为其业务重要组成部分的机构,包括证券公司、信托公司等;三是从事或对外宣称其主要从事投资或衍生产品(期货、远期或期权)交易的机构,包括共同基金、对冲基金、私募和风险投资基金等。信息报告方式包括“签订政府间协定完成报告”和“金融机构直接与美国国税局签订协定完成报告”两种方式。如果不按照上述报告方式履行报告

[8] 参见廖凡:《国际货币体制的困境与出路》,《法学研究》2010年第4期。

[9] 参见崔晓静:《国际税收透明度同行评议及中国之应对》,《法学研究》2012年第4期。

[10] Marc D. Shepsman, *Buying FATCA Compliance: Overcoming Holdout Incentives to Prevent International Tax Arbitrage*, 36 *Fordham International Law Journal* 1767, 1789-1790 (2013).

[11] Joanna Heiberg, *Toward a Multilateral Automatic Information Reporting Regime*, 69 *Washington & Lee Law Review* 1685, 1690-1691 (2012).

义务,则某些来源于美国的所得或以其他方式处置美国证券的净收入将被征收 30% 的预提税。此外,外国金融机构有义务针对其向“不合规账户持有人”(即违反 FATCA 规定义务的账户持有人)和“不合规外国金融机构”(即违反 FATCA 规定义务的外国金融机构)的支付款项代扣代缴 30% 的预提税。

就作用机制而言,FATCA 的出现再次证明双边和多边协作在国际税收监管问题上存在的实质性局限,同时也开辟了解决问题的另一个出口,即绕开主权国家之间复杂的政治藩篱,在纳税人居住国税收监管机关与税收来源国金融机构之间构建直接通道,并借助可充分执行的经济惩戒赋予信息获取机制以强制力。换言之,FATCA 旨在以单边域外管辖的方法实现对国际税收信息的直接嵌入,通过“一对多”的方式化解获取国际税收信息的高昂成本。^[12] FATCA 的推行显示出在全球化的客观背景下,税收信息交换的推进机制必然是一种多元化的存在,双边协作、多边协作与单边域外管辖均有其存在的合理性和价值。只要不违反既有的国际条约和国际习惯,就不能简单地斥为霸权或消极应对。

就具体内容而言,自动信息交换并非 FATCA 首创,预提税制度也非其独有。欧盟理事会 2003 年颁布的《对存款所得采用支付利息形式的税收指令》即确立了自动信息交换制度。2011 年以来,瑞士与英、德等多国签署的双边协定中也设计了“匿名预提税机制”。^[13] 但凭借美国强大的政治经济实力与国际事务影响力,FATCA 开辟出一种明确、直接、有效的单边域外管辖模式,从实质上推进了自动信息交换机制的适用,同时也真正实践了预提税的威慑功能。在本质上,“预提税制度并不是用来确保 30% 税款的征收,而是一种迫使对方达成信息共享协定的手段。”^[14] 随着 FATCA 的推行,其规则示范效应迅速展现。2013 年 9 月,经合组织将“自动信息交换标准”确立为税收信息交换的新标准,并得到二十国集团的采纳和推广。受 FATCA 的影响,2014 年 1 月 13 日经合组织发布了《金融账户信息自动交换标准》,旨在实质性促进全球税收自动信息交换的新目标。

经过多年努力,我国在国际税收监管协作上已经取得重要进展。但不容否认的是,多年的对外开放、全球化的深度影响以及海外投资的大幅扩张使得我国面临的海外账户监管压力并不比美国小。就总体思路而言,目前我国应当从以下三个方面考虑对策:首先是以第五轮中美战略与经济对话形成的共识为契机,由财政部、人民银行、国税总局等主管部门与美国国税局、财政部启动谈判,以互惠、对等的自动信息交换机制为核心尽快达成政府间协定。如果中美协定能够达成,这将是第一个有重要影响力的发展中大国接受 FATCA,必将更快地推进 FATCA 的实施。我国应当充分利用这一点,争取更为有利的合作条件。其次是尽快颁布我国自己的“海外账户税收合规法”。单边域外管辖与双边和多边协作均是税收信息交换及国际税收监管多元化模式中的必要组成部分,在这方面没

[12] Melissa A. Dizdarevic, *The FATCA Provisions of The Hire Act: Boldly Going Where No Withholding Has Gone Before*, 79 *Fordham Law Review* 2967, 3011-3012 (2011).

[13] 当居住国税务局要求瑞士提供本国纳税人海外账户信息时,客户可以选择公开账户信息,或者保密账户信息但由瑞士代替居住国税务局对这些保密账户征收高额预提税。又称“魔方协定”。参见朱晓丹:《“魔方协定”:瑞士在国际税收信息交换领域的又一里程碑》,《涉外税务》2013 年第 2 期。

[14] 崔晓静:《美国海外账户税收合规制度及我国的应对之策》,《法商研究》2013 年第 1 期。

有必要过于纠结于霸权色彩、平等互惠、协商互助等抽象的国际法原则或对其一味作僵化理解,而应审时度势,尽快推出中国版 FATCA,与我国已有的双边和多边协作机制形成呼应。最后是修订配套法律规范。对我国与税收信息交换、国际监管协作等有关的配套法律规范进行修订,是我国正式签署《多边税收行政互助公约》以及未来与美国签署 FATCA 实施协定后的客观要求。国家税务总局 2006 年颁布了《国际税收情报交换工作规程》(以下简称《规程》),作为税收信息交换和国际监管协作领域的统领性法律规范。不过以现在的标准评判,其内容相对陈旧、单薄,与 FATCA 及其配套细则以及《多边税收行政互助公约》等相比显得不够细致,有些规定甚至存在抵触,^[15]亟需根据新的形势进行修订。

三 以单边域外管辖促进双边和多边监管协作

(一)单边域外管辖与 FATCA 的推行策略

FATCA 的推行体现出美国强化本国法律域外效力的一贯立场及实践。域外管辖本身为各国所采用,特别是在对一国或多国安全具有较大危害和高度重要的刑事领域(如反恐、反洗钱等),以及适用频繁、需求广泛的民商事领域(如婚姻、继承、合同等)。各国在这些领域存在共同的域外管辖需求,且具体需求之间的差异不大,因此鲜见霸权主义、干涉内政等争执。但在一些各国需求差异较大、牵涉重大经济利益的领域,如知识产权、反垄断、金融、税收等,一国的域外管辖就容易引起国际法层面的争议。但恰恰是在这些领域,理想化的治理规则又存在着比较明显的公共产品困境。不同国家对于形成共同治理规则的必要性虽有共识,但对具体内容的需求却大多具有明显乃至尖锐的差异,达成“同类项共识”极其耗时耗力且最终内容往往单薄模糊,弹性过大。再者,受制于双边和多边协作的固有局限,勉强达成的治理规则也存在执行力偏弱的缺陷。在此情况下,单边域外管辖所具有的明确性、直接性和有效性就受到许多大国(尤其是对于具体领域的事务监管具有更直接利益关联的大国)的重视,^[16]并在上述领域内屡屡成为与双边、多边协作并列的国际治理规则形成范式之一。

FATCA 即属此列。本质上属于自动信息交换的海外信息报告义务在经合组织等组织的多年倡导下已经深入人心;预提税的设置看起来比较霸权,但其侧重于经济利益,且并非 FATCA 的真正着眼点。“它通过创设一种对违规的抑制措施来实现合规,而这种抑制措施来自于默认征收 30% 的预提税,除非报告了一定信息或者与美国国税局签订了协定。外国机构一旦违规就受到强烈阻止甚至被惩罚,因此它们不得不按照美国的要求达

[15] 例如,尽管《规程》将自动信息交换作为 6 种交换类型之一,并排除了“情报请求与我国的税收利益无关”、“银行对储户的信息有保密义务”(《规程》第 10 条)等公认的信息交换障碍,但同时又规定国家税务总局可以“情报请求与税收目的无关”、“提供情报可能损害我国的国家利益”、“提供情报可能导致泄露商业秘密”、“提供情报可能导致我国公民或居民受到歧视待遇”、“照我国法律法规、正常行政程序无法取得”、“在缔约国国内可以通过正常行政程序、经过努力获得”、“总局认定的其他违反税收协定情报交换条款规定的情形”等裁量空间较大的模糊理由拒绝缔约国主管当局的情报请求(《规程》第 9 条)。这是主权至上的传统看守式双边条约思维的体现,已经不符合国际税收监管协作的实践需求。

[16] 参见彭岳:《美国证券法域外管辖的最新发展及其启示》,《现代法学》2011 年第 6 期。

到合规。美国期望通过这种强硬的域外管辖权来实现对美国海外账户的监管。”^[17]对于其他国家来说,与美国达成自动信息交换的政府间协定,以互惠方式实现信息共享,或者颁布与美国相同的“海外账户税收合规法”,以对等方式实现域外管辖,既属明智而实惠的选择,实际上也未尝不为美国所乐见。“如果一些主要国家也纷纷制定自己的 FATCA,那么这些国家也将要求外国金融机构向其提供本国纳税人的账户信息。事实上,实现 FATCA 的多边化才是美国 FATCA 的最终目标。”^[18] FATCA 的推进行程及其成果展现出这种以单边域外管辖促进双边和多边协作监管的策略的价值和效用。

表 1:已与美国达成 FATCA 实施双边协定的国家(共 30 个)

FATCA 本身的规则进展	缔约国家、日期与数量进展
2010 年 3 月 18 日公布法案正文后	
2012 年 2 月 15 日公布实施细则草案后	与法国、德国、意大利、西班牙、英国达成五国联合声明;与瑞士、日本达成双边联合声明
2012 年 7 月 26 日公布政府间协定模板 1 及其附件后	与英国达成第 1 个双边协定
2012 年 11 月 14 日公布政府间协定模板 2 及其附件后	与丹麦、墨西哥共达成 2 个双边协定
2013 年 1 月 17 日公布实施细则定稿并宣布法案推迟生效后	与爱尔兰、瑞士、挪威、西班牙、德国、日本 ^[19] 共达成 6 个双边协定
2013 年 7 月 29 日宣布法案再次推迟生效并于 2013 年 11 月 4 日更新政府间协定模板 1、模板 2 及其附件后	与法国、哥斯达黎加、(英属)开曼群岛、(英属)泽西岛、(英属)马恩岛、(英属)格恩西岛、新西兰、(英属)马耳他、(英属)百慕大群岛、毛里求斯、意大利、匈牙利、加拿大、芬兰、智利、卢森堡、洪都拉斯、爱沙尼亚、比利时、澳大利亚、奥地利共达成 21 个双边协定

资料来源:<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>。

(二) FATCA 的推行策略及其启示

从总体策略来看,美国财政部和国税局非常重视循序渐进、积极引导、分类推进的策略,体现出成熟老练的规划和实施技巧。鉴于各国在税收信息交换等国际税收监管问题上已经习惯于借助双边和多边协作推进,而 FATCA 客观上具有比较明显的单边强制色彩,因此美国财政部和国税局在实际推进 FATCA 的过程中并没有表现得过分强势和霸权,而是在明确自己的立场和目标后,采取了循序渐进、积极引导和分类推进的做法。2010 年 3 月公布法案正文后,留出了长达两年的时间给各国理解和适应。随后又通过实施细则进一步明确了实施态度和规则内涵,特别是通过发布政府间协定模板淡化单边主

[17] 崔晓静:《美国海外账户税收合规制度及我国的应对之策》,《法商研究》2013 年第 1 期。

[18] J. Richard Harvey Jr, FATCA—A Report from the Front Lines, 6 Tax Notes. 715 (2012). 转引自朱晓丹:《自动信息交换的全球化时代到来了吗?——评析美国—瑞士签署执行 FATCA 协定》,《国际税收》2013 年第 5 期。

[19] 与日本最终达成的是联合声明(Statement)而非双边协定(Bilateral Agreement)。

义色彩,展现出互惠、平等的态度,以此引导各国积极通过双边协定履行义务。面对推进过程中的各种现实和潜在的阻力,适时通过推迟生效日期的做法进一步淡化单边强制色彩,对各国施以引导和鼓励。而对于预料之中的进展缓慢,则采取了分类推进、重点示范的策略,瞄准了几个明显的重点目标:首先是二十国集团成员国。在最困难的初始推进阶段,通过联合声明的方式取得二十国集团成员国的理解和支持,随后与传统盟友英国率先签订双边协定,使得首个政府间协定成功落地。其次是避税地。与瑞士、开曼群岛等传统上拥有发达避税机制和严格银行保密制度的国家达成双边协定,显著开拓了 FATCA 的适用范围,不仅达到了 FATCA 重点打击海外避税的核心意图,还产生了强烈的规则示范效应。除此之外,中国也是一个重点目标,即经济与政治上具有重要影响力、国际金融发展迅猛、在国际投资中处于重要输入国地位的发展中大国。

从基本内容来看,FATCA 的推行采取了共同但有区分、兼顾整体规则与各国实际的类型化策略,体现出平衡、务实的特点。为鼓励各国尽早采用 FATCA 的自动信息交换框架,美国财政部与国税局在颁布实施细则草案的同时发布了美国与法、德、意、西、英五国达成的“联合声明”,其中明确指出,鉴于外国金融机构履行信息报告义务可能会受到本国法律的限制,可以通过政府间协定实现金融机构报告义务的模式,即各国金融机构各自向本国政府完成信息报告,随后由其本国政府与美国完成自动信息交换(后来成为政府间协定模板 1)。随后不久,美国又基于同样的立场与日本、瑞士达成了双边声明,创设出另一种基于政府间协定实现金融机构报告义务的模式,即达成政府间协定后,由外国金融机构直接向美国国税局完成信息报告(后来成为政府间协定模板 2)。进而言之,政府间协定模板 1 又分为基于 TIEA 或 DTC 的互惠性模板、基于 TIEA 或 DTC 的非互惠性模板以及不基于 TIEA 或 DTC 的非互惠性模板三种;政府间协定模板 2 也分为基于 TIEA 或 DTC 的模板和不基于 TIEA 或 DTC 的模板两种。如此既体现出对双边和多边税收监管协作现实的尊重与理解,也体现出鼓励各国根据具体情况选择相应方案的务实态度。此外,对于不同类型的国家,FATCA 也十分注重在确立共同原则的基础上灵活设置具体内容,尽可能形成明确且可操作的共识性规则。例如,简要对比美国与英国、瑞士和开曼群岛之间的三个政府间协定,不难看出这种“共同但有区分”的基本策略及原则。

表 2:代表性 FATCA 政府间双边协定的比较

	美国—英国协定	美国—瑞士协定	美国—开曼群岛协定
信息交换基本模式	金融机构各自向本国政府报告,政府互相交换,但美国政府承担的信息收集义务在范围上窄很多。	瑞士金融机构直接向美国国税局完成报告,美国国税局与瑞士政府依据约定交换。	金融机构各自向本国政府报告,政府互相交换。但目前协定只规定了开曼群岛政府的收集义务,未明确美国政府的收集义务。
双方主管当局职责	强调各自税务主管当局对于本国金融机构的监管职责,多处体现出平等、互惠的倾向。	强调瑞士税务主管当局对于本国金融机构的监管义务,并明确指出应通过瑞士联邦行政法院解决相关纠纷。	多处强调开曼群岛应履行美国要求履行的必要义务,但在时限和规则解释上赋予开曼群岛政府一定裁量权。

	美国—英国协定	美国—瑞士协定	美国—开曼群岛协定
豁免问题	比较宽松。对于“豁免受益主体”（政府组织、中央银行、国际组织、退休基金等）以及“视为合规金融机构”（非营利组织等）的认定均比较原则。	对于豁免受益主体的规定比较宽松,但对于“视为合规金融机构”特别是一些投资实体及工具的豁免资格限制则比较严格。	特别严格。即使是政府组织、中央银行等豁免受益主体也列举了详尽的认定标准,对于退休基金、各类投资实体及工具的豁免资格更是做出了极其细致的限制。

资料来源:根据三个协定内容整理。协定原文可见 <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>。

FATCA 这种以单边域外管辖推进双边和多边协作的策略,对于我国制定及实施自己的“海外账户税收合规法”具有重要的借鉴作用。就我国涉外法律目前的制定及实施而言,无论是整体规划和战略设计、类型化的推进方法,还是法律规则的表述、实际推进过程中的解释与变通,乃至法律规则的可遵从性和可操作性,都与 FATCA 所展现出的水准存在较大差距。当然,全球化领域的法律问题存在很多复杂性和特殊性,各国在实现本国法律域外管辖效力的问题上面临的传统及现实约束也存在很大差别;此外,本文对此种以单边域外管辖推进双边和多边协作的策略所作的分析侧重于文本且比较理想化,实践中这种策略及进路也存在不少负面影响。^[20] 尽管如此,如前所述,美国推进 FATCA 的上述策略和方法仍不乏“他山之石”的启示价值。

四 在主权豁免方面的发展及其启示

主权豁免是国际法上的重要理论原则和实践惯例,有绝对豁免与相对豁免之分。概而言之,绝对豁免强调主权国家的身份,即主权国家的任何行为都应得到豁免,非经一国同意或主动放弃豁免不得对其行使管辖权;后者则强调身份与行为的结合,即主权国家若是从事一般性商事行为,则无需同意管辖或放弃豁免也可对其行使合理的管辖权。实践中,相对豁免的适用日趋广泛,特别是 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》颁布后,相对豁免在贸易、投资等商事领域得到了多国认可,并为许多国际组织所倡导。^[21] FATCA 主要关涉国际金融领域的税收监管,该领域具有明显的“公私融合”特征,加之 FATCA 又采取了单边域外管辖的推行模式,故而对主权豁免问题进行特别规定就显得尤为必要。

FATCA 规定,下列主体对金融机构的付款不会受到 30% 预提税的惩罚:(1)外国政府、外国政府的政治性组成部分,或者前述主体全资所有的代理机构或工具;(2)国际组织或者其全资所有的代理机构或工具;(3)外国中央银行;(4)美国国税局认定的具有较

[20] Frederic Behrens, Using A Sledgehammer to Crack A Nut: Why FATCA Will Not Stand, *Wisconsin Law Review* 205, 210-211 (2013).

[21] 参见王立君:《国家及其财产管辖豁免规则的新发展——兼论我国的立法与实践》,《法商研究》2007 年第 3 期。

低逃税风险的组织或个人。在专门规定豁免问题的政府间协定模板附件 2 中,又明确了政府实体可以豁免履行信息报告义务。“政府实体”是指 FATCA 签约方的政府或者政治分支(包括州、省、县或者其执行机构),或者其全资拥有的代理机构或执行机构。

与此同时,FATCA 对于政府实体享受豁免也做出了严格限制,在主权身份与商业获益之间构建起“防火墙”制度。只要掺杂商业利益,例如“政府实体实施的有关内容是特定的保险公司、保管机构或者存款机构从事商业金融活动所产生”,即不再享有 FATCA 项下的豁免地位。除此之外,FATCA 还设计了其他一些豁免制度,例如出于监管效率考虑而设计的小型金融机构及工具豁免,以及出于公共利益考虑而设计的退休基金和养老基金豁免等,但对所有豁免均设置了“不能用作商业逃税工具”这一底线。^[22]

FATCA 对主权豁免范围的列举体现出对绝对豁免主义传统的尊重,但对不得用于商业逃税目的或被用于从事商业获利行为这一点的强调则又显示出对相对豁免主义的推崇。这一点既是对过度介入国际金融市场的政府发出的警示,也值得我国在推行类似制度时作为参照。从为我国特定金融机构争取豁免地位的角度考虑,只要不触碰底线,包括豁免在内的 FATCA 规则就均可通过双边协定予以重订。比如对于政策性银行,美国和墨西哥的双边协定就将墨西哥国家金融发展银行、全国对外贸易银行(类似于中国进出口银行)、全国公共工程和劳务银行、联邦开发银行(类似于我国的国家开发银行)和农村金融银行(类似于中国农业发展银行)等政策性金融机构列为享有豁免地位的“政府实体”。^[23]我国政府在签订双边协定时可以借鉴这个思路予以争取。但以国家开发银行为代表的我国政策性金融机构近年来在国际金融市场屡有重大商业行为,广泛地实质性参与国际资本运作,商业色彩日趋浓厚,明显与 FATCA 设置主权豁免的用意不符。因此,无论中美双边谈判结果如何,我国政策性金融机构在“走出去”的过程中强化与 FATCA 相符的合规制度建设,均是迫在眉睫的重大任务。而对于国有控股商业银行来说,按照 FATCA 的要求履行信息报告义务已是大势所趋。应当以此为契机,完善自身的信息合规制度,增强“走出去”后的规则适应能力。

五 结 语

FATCA 的颁布不仅是美国强化本国海外税收监管的举措,也是打破国际税收协作困境的尝试。尽管 FATCA 的规则设计和推进策略引发了不少争议,但其业已取得的推行进展体现出单边域外管辖在推进国际税收监管中的重要意义,以及国际社会对其作为全球化时代多元税收监管协作模式重要组成部分的认同。无论是基于我国在国际税收监管协作中的实际地位,还是出于维护我国税收监管利益和金融产业整体利益的考虑,我国都应

[22] Model 1 IGA Annex II.

[23] Bilateral Agreement between the US and Mexico to Implement FATCA, ANNEX II, Non-Reporting Mexican Financial Institutions and Products, <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Mexico-11-19-2012.pdf>. 这是 2012 年 11 月 19 日订立的美墨双边协议中的规定,在 2014 年 4 月 17 日的修订版中作了保留。

当尽快与美国达成 FATCA 实施协定,并充分利用有重要影响的发展中大国这一地位尽可能争取更多利益。^[24]与此同时,还应尽快颁布我国自己的“海外账户税收合规法”,并参照 FATCA 的推行策略予以推行,强化我国在既有的双边及多边监管协作机制中的实际地位和影响力,改变我国长期以来在金融和税收监管领域国际规则制定实施中的消极被动局面。

[Abstract] The implement of FATCA reflects the U. S. Government's intention to strengthen the regulative coordination of international finance and taxation through unilateral long-arm jurisdiction in a time of globalization. Its gradual acceptance by many jurisdictions shows that this unilateral long-arm jurisdiction, like bilateral and multilateral cooperation, has become a mode of tax regulation coordination. The FATCA, taking information-based regulation as its core and economic interests as its deterrent power, tries to overcome through the enforcement of unilateral long-arm jurisdiction the obstacles to the exchange of tax information faced by bilateral and multilateral agreements and to implement in a flexible way the “common but different strategy” in practice. Although controversial and risky, it does promote the development of international coordination in tax regulation. The FATCA provisions on state immunity also have an importantly demonstrative effect. China should hold bilateral negotiations with the U. S. and enact its own FATCA as soon as possible, so as to take the initiatives in a new round of international coordination of tax regulation.

(责任编辑:廖 凡)

[24] 参见廖凡:《经济全球化与国际经济法的新趋势——兼论我国的回应与对策》,《清华法学》2009 年第 6 期。