



金融服务国际化 法律问题研究



Legal Problems of the Globalization
of Financial Service

李国安 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

金融服务国际化 法律问题研究

李国安 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

金融服务国际化法律问题研究/李国安主编. —北京:北京大学出版社,2011.11
(国际金融法丛书)

ISBN 978-7-301-19422-5

I. ①金… II. ①李… III. ①金融国际化-金融法-研究 IV. ①D996.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第172869号

书 名: 金融服务国际化法律问题研究

著作责任者: 李国安 主编

责任编辑: 姚文海 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-19422-5/D·2919

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 26.5印张 497千字

2011年11月第1版 2011年11月第1次印刷

定 价: 58.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 言

金融服务的自由化、国际化与金融监管问题近年来受到前所未有的关注,尤其是 2008 年由美国次贷危机所引发的全球性国际金融危机爆发以来,学界的专家学者已对曾经甚嚣尘上的金融自由化思潮有所反思,开始从更深的层次和更广的角度思考金融服务自由化和国际化问题。

虽然本次国际金融危机的爆发和蔓延系源起于缺乏有效监管的金融创新和全球化资本市场的传导,但金融服务的自由化和国际化因其使金融产品的跨境交易成为常态也显然助长了金融危机扩散的速度和范围。因此,本课题的研究试图瞄准在以 GATS 和《金融服务协定》为主导的金融服务自由化、国际化背景下开放我国金融服务市场需要研究和解决的主要法律问题,包括 GATS 的金融服务自由化推进机制,金融服务自由化、国际化与金融监管的关系,我国作为发展中国家从 GATS 体制中可获得的特别待遇,发达国家采用双边“自由贸易协定”(FTA)和“区域贸易协定”(RTA)推行金融服务自由化、国际化的机制对多边金融服务贸易体制及发展中国家利益的影响,以及我国应如何结合“入世”承诺,在推进金融服务市场开放(国际化)的同时,进行有助于稳定金融服务贸易秩序的必要监管等问题。

在对上述金融服务国际化法律问题进行研究过程中,本书试图以金融服务市场自由化和国际化及其与金融监管的辩证与协调关系作为突破口,从法律的视角,以 GATS、《金融服务协定》以及我国的“入世”承诺和我国参加区域性自由贸易协定的承诺为根据,提出符合我国金融业发展水平的、科学和现实可行的立法建议,从理论上为我国金融服务国际化及其监管法制的完善提供有益而可靠的实证依据。同时,横向比较欧美日各国在金融服务自由化和国际化背景下,对具体金融服务部门(证券、银行、保险)和金融服务领域(如证券投资基金、金融衍生品等)的开放与限制的立法与实践,剖析我国金融服务业在金融服务全球化环境下存在的问题和面临的困境,探讨我国稳步融入金融服务自由化和国际化

大循环的适当路径。

在以 WTO 为主导的现行国际服务贸易法制环境下,金融服务市场的开放已无可回避,我国作为 WTO 成员,也应主动适应金融服务国际化的趋势。为此,本书第一章和第二章将首先探讨金融服务国际化与金融监管的基本理论,其次以 WTO 体制为研究背景,探讨 GATS 和《金融服务协定》作为规范全球金融服务贸易的法律基础对金融服务自由化的法律定位,即 WTO 各成员均应根据 WTO 金融服务规则的规定和各自的承诺,摒弃壁垒,消除限制,向 WTO 其他成员开放其金融服务市场,使 WTO 各成员之间形成自由、开放的国际金融服务大市场,从而实现金融服务的国际化。与此同时,金融服务自由化和国际化的过程则应是渐进式的,GATS 和《金融服务协定》并未要求 WTO 成员立即、完全开放其本国金融服务市场。即各成员均可仅在各自承诺的范围内开放各自的金融服务市场,此外,GATS 还为各成员的金融服务自由化义务规定了诸多例外。据此,我国作为 WTO 成员,应根据我国的“入世”承诺,有计划、分阶段地开放金融服务市场,以逐渐推进我国金融服务市场适应国际金融服务自由化和国际化的法制环境,同时根据国内和国际经济环境的变化情况,充分利用 GATS 所规定的各种例外,以确保我国金融服务市场的健康、稳步发展。

除了全球范围的金融服务自由化推进模式之外,WTO 体制也为区域性的金融服务自由化模式留下充分的空间。为此,本书第三章阐释了区域性金融服务自由化的法制环境,并肯定了 FTA 和 RTA 作为另类的金融服务贸易自由化推进机制的价值,同时指出了广大发展中国家应在对其加以有效利用的同时保持审慎的态势,以防其对 WTO 多边金融服务贸易体制构成侵蚀或滥用以及对发展中国家利益的单方面侵害。虽然 FTA 和 RTA 都是 WTO 协定所允许的推进金融服务贸易自由化的形式,但是,由于以美国为首的发达国家往往只有在 WTO 多边体制下强行推行符合其单方面利益的金融服务贸易自由化受阻时,才转向通过这种适用范围较小的、可以不受最惠国待遇原则约束的双边或区域性金融服务贸易协定,此外作为其在推行金融服务贸易自由化过程中“各个击破”的手段。而当其在 RTA 和 FTA 中饱尝甜头后,则会反过来阻止 WTO 多边体制下对发展中国家有利的谈判的进行。因此,包括我国在内的广大发展中国家,对来自发达国家的 FTA 或 RTA 谈判劝诱,应注意辨明真相,善于趋利避害,切忌盲目接受,导致最终授人以柄,任人摆布,难以自拔。

在上述各章对金融服务自由化与国际化进行框架性和基础性研究的基础上,本书第四章至第六章以金融服务的三大核心领域——证券服务、银行服务和保险服务为中心,就证券服务国际化与证券法的域外适用问题、银行服务的国际化与跨国银行监管问题以及保险服务的国际化与跨国保险监管尤其是跨国保险

公司偿付能力监管等问题分别进行专题性的研究。并特别注意到在金融服务自由化和国际化的背景下,我国现行金融服务体制及证券、银行、保险等金融服务部门均面临严峻挑战。虽然经过十几年的努力,我国金融体制改革已取得重要成效,但不容否认,我国金融机构在相当大的程度上还处于低水平运作状态,服务方式单一,服务质量低下,与国外金融机构相比,存在明显的竞争能力低下、服务成本偏高等现象。因此,在推进金融服务国际化、开放国内金融服务市场过程中,我国应首先致力于培育国内金融机构的竞争能力,提高服务质量、降低服务成本,同时进一步深化金融服务管理体制改革,构建完善的金融服务法制环境,以主动适应金融服务贸易自由化和国际化的进程。

在本次由美国次贷危机所引发的全球性金融危机中,我国金融体制还暴露出了对金融衍生品的监管缺失、金融集团在混业经营中对高风险产品的深度参与以及对投资基金投资范围扩张的明示或默许等监管弊端和漏洞。为此,本书第七章至第九章,针对在金融服务国际化背景下容易孳生风险和陷入监管困境的证券投资基金服务国际化、金融集团服务的国际化以及金融衍生品的国际化及其监管的跨国合作与协调等问题展开专题性的研究,立足金融服务国际化的现实,探寻防范和阻隔金融风险国际传导的可循之径,尤其是金融监管的国际合作已被证实为防范国际金融风险不可或缺的重要环节。

总之,推行金融服务国际化、开放金融服务市场应与加强金融服务市场监管协调统一。推行金融服务自由化、国际化和开放金融服务市场,对于金融资源的全球合理配置和提高金融服务效率无疑都是十分重要的,然而,金融服务国际化的推进并不是要求各国放弃对本国金融服务市场的监管,相反,对金融服务市场的适度监管甚至限制,是金融服务自由化和国际化过程中必不可少的“安全阀”,也是国际金融服务市场有序运行的重要保障。值得注意的是,在 WTO 金融服务贸易体制下,金融服务自由化和国际化只能是个渐进的过程,GATS 和《金融服务协定》均未要求其成员立即或全面实行金融服务自由化和国际化,大部分 WTO 成员也不具备全面实现金融服务自由化和国际化的市场和法制环境;另外,开放、自由的金融服务市场更需要强有力的、科学有效的监管。20 世纪 90 年代以来频频发生金融危机,包括东南亚金融危机和本次美国次贷危机所引发的全球性金融危机,都是片面强调金融服务自由化和金融市场国际化,同时又疏于对其进行适度 and 有效监管的惨痛教训。金融服务的自由化和国际化,其重要作用在于保证金融机构进入市场和经营业务的机会平等,从而形成公平的竞争环境和更加优化的金融服务市场;与此同时,只有稳定的金融秩序和完备的金融法制,才能为各类金融机构提供公平的竞争机会和环境,而为了保障金融安全和稳定,则必然要求金融服务参加者严格遵守各种安全经营指标和规则。

因此,只有完善国际和国内金融服务法制,才能使开放、自由的金融服务市场高效和安全地运转,才能使金融服务的国际化具有稳定的现实基础和长效的制度保障。

本书作者及其撰稿分工请参见“后记”。

目 录

第一章 金融服务国际化与金融监管基本理论问题	(1)
第一节 金融服务国际化的背景	(1)
第二节 金融服务国际化中的法律协调机制	(10)
第三节 金融服务国际化与金融监管的价值考量	(15)
第二章 WTO 体制下的金融服务国际化、自由化与金融监管	(29)
第一节 WTO 体制下的金融服务国际化、自由化规则	(29)
第二节 全球金融服务自由化与金融监管	(40)
第三节 金融服务自由化的例外及其限制	(53)
第四节 中国的金融服务市场准入承诺透视	(78)
第三章 FTA 环境下的金融服务国际化与自由化	(88)
第一节 WTO 和 RTA、FTA 中的服务贸易	(89)
第二节 FTA 环境下的金融服务自由化问题	(96)
第三节 发达国家间的区域金融服务自由化法律问题	(107)
第四节 发达国家与发展中国家间的金融服务自由化法律问题	(120)
第五节 中国参与区域经济一体化与金融服务自由化法律问题	(128)
第四章 证券服务国际化及其法律监管	(144)
第一节 证券市场国际化与外国机构投资者的市场准入监管	(144)
第二节 证券法的域外适用与域外管辖权	(156)
第三节 证券服务国际化与欧、日证券法制的新发展	(178)
第五章 银行服务国际化及其法律监管	(203)
第一节 银行服务国际化法律监管的缘起	(203)
第二节 跨国银行的法律监管	(212)
第三节 跨国银行法律监管的国际合作	(226)
第四节 金融服务国际化背景下的中国银行服务业	(253)

第六章 保险服务国际化及其法律监管	(264)
第一节 保险服务国际化及其法律问题	(264)
第二节 保险服务市场自由化及其监管法制	(267)
第三节 保险偿付能力监管的法律架构	(277)
第四节 保险服务国际化中的特殊监管问题	(287)
第七章 投资基金服务国际化及其法律监管	(293)
第一节 投资基金的国际化问题	(293)
第二节 投资基金服务国际化的市场准入监管	(299)
第三节 投资基金服务国际化的运营监管	(307)
第四节 投资基金服务国际化的监管合作与协调	(323)
第八章 金融集团服务国际化及其法律监管	(333)
第一节 金融集团与金融集团服务国际化	(333)
第二节 金融集团的法律监管体制	(345)
第三节 金融集团监管的方式	(354)
第四节 金融集团监管的内容	(364)
第五节 我国的金融集团及其法律监管	(371)
第九章 金融衍生品国际监管法律问题	(385)
第一节 金融衍生品的创新及其国际监管	(385)
第二节 各国金融衍生品市场监管的比较研究	(393)
第三节 金融衍生品监管的跨市场合作与国际合作	(403)
结语	(414)
后记	(417)

第一章 | 金融服务国际化与金融监管基本理论问题

第一节 金融服务国际化的背景

一、金融服务国际化的市场发展

对于发端于 20 世纪八九十年代的经济全球化,学界素有不同的解读。与此相关的是,关于国际化的含义及其价值判断也迄今未有定论,并由此衍生出了一系列问题,如国家经济主权的变迁、政府监管与市场的关系等。这些问题与经济全球化关系密切,且各个问题之间互相影响。金融服务国际化是经济全球化趋势中一个很重要的方面,因此,上述所列举的几个问题也深刻地影响到金融服务国际化进程中相关法律制度的发展;另外,全球性的金融服务贸易是 20 世纪后半期才发展起来的新兴贸易形式,有其特殊的市场存在形式,法律对其规制时必须考虑与市场发展的适应性,因此,从金融市场发展的角度对其加以分析是必要的。

金融服务市场的国际化步伐晚于货物贸易。早期的金融自由化趋势以国内市场为主,体现为一国国内金融规制的放松(deregulation),包括利率管制和业务管制等的放松。20 世纪中后期,以美国为代表的发达国家首先在其国内市场经历了一段金融脱媒(disintermediation)时期,而与金融脱媒同时存在的则是银行领域的金融创新。金融脱媒与金融创新加剧了金融服务业的竞争,导致金融服务机构的空前活跃,同时,资本市场的急剧扩张为投资银行业的发展提供了空间。虽然在 90 年代以前,美国金融业采用了分业经营的模式,但在英国、日本等金融市场全球化浪潮的推动下,美国在 21 世纪来临之际通过了《1999 年金融服务现代化法》,使混业经营的法律障碍被完全打破,为其国内金融机构的全球综合竞争提供了坚实的法律基础。

金融自由化的国内市场环境使发达国家的金融服务业迅速在国际竞争中积

累了比较优势,并在国际分工体系中成了优势行业。而经过较长时期的发展,金融服务市场在发达国家已经是一个竞争较为充分的成熟市场。同时,金融服务市场又是一个深受法律政策影响的市场,在一定意义上,也可以将其视为一个法律与政策依赖型的市场。因此,发达国家的金融服务业在走向海外的过程中,也希望东道国具备与其国内相同的法律政策环境,而在东道国不具备类似的环境时,便会通过国际机制施加影响,在输出金融服务的同时,也输出市场化的规则。

与发达国家比较,发展中国家的金融市场发展路径则大为不同。首先,发展中国家金融市场的产生普遍较晚,失去了国际竞争中的先发优势;其次,发展中国家以银行金融为主,缺少强大的资本市场,未能形成多元化的竞争格局;再次,发展中国家的金融市场大多为受管制市场,市场经济体制所要求的政府与市场关系模式尚未成型,市场自发调节力量没有形成;最后,也是最为重要的,国际金融市场赖以运行的国际货币秩序不是一个公平的秩序。因此,诸多发展中国家采用相对封闭的国内金融市场发展模式,既有现实市场的原因,更有基于历史不公平的原因。

同时,发展中国家在开放金融市场方面已有深刻的历史教训。20世纪70年代,一些发展中国家,包括拉美国家如乌拉圭、智利、阿根廷等,开始在国内进行金融体制改革的尝试,但之后的金融危机使其改革惨遭失败。出于保护国内金融市场安全的需要,这些国家只得重新实行金融管制。因此,80年代后以经济全球化为背景的金融市场开放成了发展中国家艰难的选择。

自由化的理念源自西方市场经济国家,并成了经济全球化的主要推动力量,但随着中国、巴西、印度、俄罗斯等转型经济体的崛起,自由化理念的贯彻方式已发生了变化。就上述转型经济体而言,其金融市场处于国家控制与市场自由竞争两种调节力量的交互作用之下。尽管这两种力量的消长关系在各国并非一个模式,但有一个相似的特点是:转型经济体的政府对经济活动的干预仍较明显,其市场理念很难用单纯的自由化概括。另外,发达国家的自由市场理念也非一成不变,政府的角色并非纯粹的“守夜人”,其国内经济政策时常进行调整,比如西方国家从20世纪30年代起开始实行主张国家干预的凯恩斯主义,至80年代后又重归万能市场论,主张放松管制,特别是放松金融市场的管制,这些都有很明显的“规制—解除规制”变化轨迹。^①2008年的美国次贷危机使市场重新回到

^① 参见[美]艾伦·加特:《管制、放松与重新管制》,陈雨露等译,经济科学出版社1999年版,第31—39页。

受规制的轨道上来,^①在严酷的现实面前,在“国家—市场”关系取舍之间,市场自律力量不得不向国家干预力量作出让步。如果说经济全球化是发达国家推行对外经济政策所希望得到的结果,那么,受制于国内政策的变化,其推动全球化的政策也会随之调整。在市场力量日益多极化的当今世界,国际化的理念已经趋向多元化。

从上述简略的分析可以看出,国际化并非与自由化等同,特别是金融市场,并不是纯自由性质的,受国内环境影响很大,国内法与国内政策对其发挥着重要的作用,在法制相对不完善的发展中国家,行政性的力量甚至占主导地位。因此影响市场的力量难以以自由化概括,在经济全球化的趋势中,虽然市场的因素愈发重要,但同时决不能忽视政府调节力量的重要性。

金融服务业与金融市场相伴而生,在一定意义上说,金融服务的国际化是依托于金融市场国际化这一趋势的,金融市场的国际化带动了金融服务业的国际化。

二、金融服务国际化的制度背景和法律变革

法律是金融服务制度中的核心部分。比较法研究表明,金融法律制度的发展呈现出两种样态:革命和改良。当市场秩序变动剧烈时,政治与经济的压力迫使立法机关主动应对,从而引发法律制度的突变,其显著例子是20世纪30年代的华尔街金融危机带来了美国国内金融服务业立法模式的全面改革,带动了世界性的金融服务业立法革命;在市场相对稳定时,法律制度的演化由市场本身的力量推动,进程相对缓慢,体现出改良型路径的特点。^②由此可见,金融服务的制度演变可从政府与市场两个角度去分析,从政府的角度,政府是规则的制定者,在政府推动下,有关金融服务的制度可以自上而下地快速生成。一般而言,政府制定的有关规则是从国内市场着眼的,在一定程度上代表了政府、金融服务提供商、金融消费者的协调意志。而从市场的角度,金融法律制度的生成是自发秩序的一部分,呈现出一定的路径依赖性。

广义国际经济法包括一国的涉外经济法,因此,可以认为,金融服务国际化

^① 英国经济学家《凯恩斯传》的作者斯基德尔斯甚至撰文指出,这次从美国开始的西方国家的金融危机说明,从20世纪80年代开始兴起的新保守主义革命已经走到了尽头。转引自丁一凡:《美国金融危机三点警示》,载《环球时报》2008年9月26日。

^② 美国金融法专家威廉·罗维特认为,美国的货币金融制度的发展是其社会历史积淀与继承的结果,虽然政府在经济发生危机时往往会采取一些干预措施,对原来的金融政策有所修正或改变,但一个国家的金融制度通常呈现出极大的连续性,金融制度安排常会生发出抑制改革的传统因素,法律会偏向于渐进式的改良。See William A. Lovett, *Banking and Financial Institutions Law*, West Group, 2001, p. 28.

制度的生成,大部分来源于主权国家的国内立法,上述基于国内法生成模式的法律制度,是金融服务国际化法律制度的重要渊源。但是,在经济全球化趋势下,金融服务法律制度渊源远不仅限于此,在某种意义上,国际制度应该是超越一国之法域,在国际社会获得共识,并对市场实践有协调或调整作用的制度。

从相对封闭条件下的国别法律体系演进特点推演国际金融服务法律体系的生成,可能面临诸多前提条件的限制,其中,经济发展水平不同导致的金融市场的发达程度参差不齐是最主要的限制条件。然而,与比较法所涉及的诸多其他领域相比,金融法具有较强的技术性,法律规则来源于金融市场,多属构成性规则。从社会历史条件看,金融市场产生于近现代,是国际贸易与资本运动的结果,其文化渊源及人文性质与其他部门法有较大的不同,较之于其他法律,金融法的历史沉淀较浅;此外,国际金融市场的融合使各国的金融立法有趋同的趋势,并且跨国金融服务贸易的活跃加大了私人参与者对立法的影响。上述两点是形成金融服务国际化制度的必要条件。

为数众多的、彼此相差甚大的各国国内金融服务制度如何演化成国际性制度?对此,研究国际机制的学者提出了颇具启发性的思路。

有关国际金融服务制度的形成过程即是秩序的形成过程,有学者认为,根据秩序形成的原因,国际制度形成的种类可以分为自发生成秩序(spontaneous order)、谈判生成秩序(negotiated orders)与强加性秩序(imposed orders)。^①这三种秩序交互存在,其中自发生成秩序源自哈耶克的论述,是市场自发运动的结果,强加性秩序的形成依赖于领导型或支配型的国家或国家集团,通过强制、同化或者操控各种诱因迫使其他主体遵从秩序,强加性秩序又可分为公开式霸权秩序(overt hegemony)和事实上的强加秩序(de facto imposition),区别在于强加的方式有所不同。谈判生成的秩序在国际制度形成中尤具意义,是当今国际制度生成的主要模式。

金融服务国际化的原始动因在于发达国家的金融自由化,在一定意义上,金融服务国际化是金融自由化的延伸。基于此,金融服务国际化制度背景中的一个最基本的价值形态就是自由竞争,这是发达国家在向海外扩张其金融业时的理论基础。金融服务国际化的初始阶段,具有较强的西方色彩,强势国家通过其在国际上的领导力,操控各种政治和经济手段,推动对其有利的各种制度安排,在这样的秩序中,有关制度及其构成规则自然也为西方价值观所主导。这种模

^① See Oran R. Young, *Regime Dynamics: The Rise and Fall of International Regimes*, *International Regimes*, edited by Stephen D. Krasner, Cornell University Press, 1983, pp. 98—100.

式兼具霸权式秩序和事实强加性秩序的特点。^①

然而,当金融服务国际化进程影响到各参与国的国内经济体系时,国际化的影响因素便会变得复杂多样,其推进因此不会继续按照发达国家的“设计”而自然地进行。其中,由于发展中国家与发达国家金融服务业发展水平悬殊而导致的制度差别是重要的原因。金融服务业对应的金融市场具有与一般商品市场不同的特性,西方经济学者以比较优势理论解释金融服务贸易的全球福利效应,看到了金融服务业作为贸易之性质,重视其与传统货物贸易相似的对国际交换与分工的效率取向,但西方学者忽略了金融行业对一国经济体系其他方面的影响,尤其是对发展中国家的潜在不利影响。基于自由主义思想的一般商品贸易是建立在主体平等、意思自治的私人契约精神基础之上的关系,其本质上是一种追求私人财富最大化的个体主义经济关系,而金融服务业由于与现代国家经济关系密切,尤其是对一国金融体系的安全性具有至关重要的影响,其所体现的贸易利益已经超出了私人利益的范围,国家利益在其中占有重要的影响。在经济全球化背景下,防范资本全球流动引发的金融风险,维护金融秩序的稳定成为国家的重要任务,对金融进行管制是现代国家的一项重要经济职能,在特殊情况下,金融管制之维护稳定目的甚至可以压倒其他经济性目标。

客观上,从长期看,美国霸权正走向衰落,尤其是与金融服务贸易密切相关美元霸权,处于下降的趋势。在短期,由于次贷危机,美国金融服务业受到打击,在国内的政治层面,由于受到普通纳税人的牵制,华尔街的金融精英阶层已经无力形成强有力的利益集团对自由导向的立法政策施加影响,美国的国家干预政策将在较长一段时间里延续下去。主观上,出于金融安全和国家整体战略利益的考虑,发展中国家在金融服务谈判中的力量将会加强。这种局面将会强化国际金融服务业制度中的谈判生成秩序。

(一) 国内法在金融服务国际化中的主导作用

在金融服务国际化中到底是国际法还是国内法起着主导作用?笔者认为,难以从传统国际法理论关于国际法与国内法关系的观点中找到确切的答案。传统国际法中的一元说与二元说^②都是建立在国家间的公法关系之上的理论,而

^① 按照西方学者传统的看法,国际金融服务谈判属于“低端政治”(low politics),是一种相对封闭、依赖于专家的治理结构(technocracy),具有较强的法律稳定性,有别于安全、人权等领域的高端政治(high politics),对两者西方国家的谈判策略向有不同。See Arie Reich, *The Threat of Politicization of the WTO*, 26 U. Pa. J. Int'l Econ. L., 780. 但在全球化背景下,金融贸易领域与其他领域关系日益紧密,在联结(linkage)成为显性问题而被国际关系与国际法学者广泛讨论之时,将法律与政治硬性隔开,以示区分,缺少实践的支持,理论意义正在丧失。

^② 参见王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第177—211页。

国际金融关系已经超越了传统公法的维度,特别是金融服务市场中私人参与主体的作用,极大地扩展了法律关系的范围。国际金融服务法律关系具有一般国际经济法律关系所具有的交叉性、前沿性特征,同时,金融市场的发展在世界各国非常不均衡,主要的资本主义国家是国际金融市场的领导者,也是法律制度和金融规则的制定者和提供者,尽管其立法是国内的政治过程,但产生的法律实际是“国际性”的,发达国家通过各种国际机制,使其国内法国际化,从而主导国际金融市场。因此,在分析发达国家所主张的国际化时,我们应该透过现象,看到其所谓的国际化标准,实际是由其国内法主导的。新兴国家金融市场的发展初期多从国内金融改革开始,再进一步对国际市场开放,相关的法律制度具有内向性特点,涉外金融法律制度多为被动的模仿型。简言之,发展中国家的金融服务立法,虽然在内容上兼顾了国际市场,但法律的效果与影响力是“国内性”的。发展经济学认为,发展中国家的金融开放应该是一个渐次发展的过程,资本账户应该晚于经常账户。^① 历史经验也表明,随着开放的深入,发展中国家法律制度的构建日益重要。实践中,大多数新兴国家采用了外汇管制,对资本账户进行严格管制,以保护其国内金融安全。通常,对资本账户的严格管理是保护发展中国家国内金融安全的最后一道屏障。

金融服务业的开放与资本账户的开放关系密切,虽然两者的开放进程未必一定同步,但毋庸置疑,两者的国际化都会带来国际资本流动性的加强,对一国金融安全带来很大的挑战。在缺少有效的国际机制应对金融风险的情况下,国内法仍然是各国调控和监管金融市场的主要制度,金融服务领域也莫能例外。尤其对发展中国家相对脆弱的金融体系而言,国家干预的力量是市场机制不能代替的。

1. 发达国家国内法对金融服务国际化的推动

1929年发端于华尔街的全球经济危机率先引发了美国国内金融业立法模式的改革。美国先后通过了《1933年银行法》(《格拉斯—斯蒂格尔法》)、《1933年证券法》、《1934年证券交易法》等法律,此后六十余年中,美国的金融服务业采用了分业经营的模式。1999年,美国国会通过《金融服务现代化法》标志着在美国金融业分业经营模式的改变,被业界称为一个里程碑式的立法改革。从表面上看,《金融服务现代化法》是美国的国内立法,但从深层次看,自20世纪八九十年代英国、日本等发达国家改革金融体制、实行混业经营后以后,美国是硕果仅存的实行分业经营的西方国家。而30年代为因应危机而制定的捆绑美国金融界“手脚”的立法在当时已经不合主流趋势。尤其重要的是,20世纪后半

^① 参见〔美〕罗纳德·麦金农:《经济发展中的货币与资本》,上海三联书店1988年版,第194页。

期,在美国等国的推动下,经济全球化的趋势已经渐成气候,在美国财经界看来,金融业的竞争已经在全球范围展开,《1933 年银行法》的修改势在必行,因此《金融服务现代化法》的重点就在于拆除金融业中银行、证券与保险之间的防火墙,允许其互相渗透、参与彼此的市场竞争,其立法宗旨在于提高金融服务业的综合竞争力,全面参与国际竞争。与此相对应,在对外经贸谈判中,美国金融界要求其他国家开放金融业务,降低准入门槛,允许美国金融业进入其市场,美国立法对内改革,对外施压,其策略是一以贯之的。

但是,2007 年美国发生次贷危机,且不断蔓延,最后已经超越了房地产市场和银行系统,演变为全面的金融危机,引发了众多商业银行、投资银行等金融服务机构的破产风潮,并进一步向实体经济蔓延。

美国的金融危机将进一步给国际金融秩序带来怎样的影响尚待观察,但已经有不少学者对危机的来源和影响作出分析,次贷危机发生的原因,除美国国内金融市场的过度膨胀外,对外金融扩张也是其中之一。就此,有学者指出,近年来,美方在其国内金融服务利益集团的影响下,要求在各种场合不断敦促中国加快金融市场开放,是美国利益集团——华尔街的要求。并认为“其实这是美国的一种腐败,大公司尤其是金融公司对美国政策的影响力太强,这是一种深层的腐败。美国民主制度如果不能治好这些病,未来还会有类似的问题”^①。

因此,笔者认为,在分析发达国家推动全球范围的金融自由化的背后原因时,除了看到其国家的政治利益之外,不可忽视的还有来自其国内利益集团——金融服务业的原因。在次贷危机中遭到重创的华尔街金融服务业,将首先与其国内政治利益集团进行博弈,而后进一步影响到美国对外金融政策。^②

2. 金融服务国际化中的金融主权与发展中国家的国内立法

国际金融秩序是按照西方国家所主张的金融自由化思路构建还是要顾及发展中国家的具体国情?无论是国际社会,还是发展中国家本身,都应该对此问题进行深入的思考,美国次贷危机便是又一次的警示。笔者认为,20 世纪六七十年代曾经广泛讨论的经济主权命题,在当今的国际经济关系中仍没有过时,但发

^① 参见余东晖:《美国中国经济问题专家:中国金融自由化不应过快》, <http://www.chinanews.com/cj/zbjr/news/2008/09-20/1388277.shtml>, 2008 年 9 月 20 日访问。

^② 2008 年 10 月,美国国会通过了《2008 年紧急经济稳定法案》,该法案的推出是在美国政府的协调下完成的,实质是美国纳税人与华尔街金融精英(金融服务业者)妥协的结果,其关切的重点在国内市场,无暇顾及及其他。2010 年 7 月 15 日,在经历了一年多的多方政治博弈和利益妥协之后,由奥巴马的民主党政府所推动的,美国自“大萧条”以来最严厉的金融改革法案——《多德—弗兰克华尔街改革和个人消费者保护法》在美国参议院获得了通过,该法被认为终结了美国奉行了 30 年之久的新自由主义思维。

展中国家应该对传统经济主权的内容加以发展,突出金融主权的内涵,^①以巩固其参加国际谈判、缔结国际条约、参与国际事务决策的法理基础。

在联合国体系中,关于经济主权的争论在20世纪六七十年代已达成一系列纲领性文件,并引发了国际社会对重建国际经济新秩序的思考。在经济全球化的浪潮下,国家主权的内涵受到诸多挑战。^②毋庸置疑,坚持主权独立,是发展中国家根本的政治利益,经济全球化趋势下,国家的经济职能会发生一定变化,导致主权内容会有所变化,但主权所固有的法律属性不会改变。20世纪中期,发展中国家将经济主权的重点放在确保对境内自然资源的永久主权、对外国投资及跨国公司的自主管理等方面,与当时大多数发展中国家政治上刚获得独立,但经济上尚处于殖民主义控制的国际经济秩序相适应。简言之,当时国家经济主权之主张,侧重于强调其法律属性的内在方面。晚近的国际经济秩序发生了很大的变化,金融市场在国际财富的分配、转移方面显示出巨大的作用,发展中国家在这个快速变化的市场环境中,已经难以独善其身,基于传统的、相对静态的经济主权概念已经难以主动保护其国家的经济利益,发展中国家应该逐步发展基于新的国际经济形势的主权理念,其中金融安全、金融资产的国际保护应该是重要内容之一。

与传统经济主权相同,金融主权的权利属性可以从内外两方面考察:对内,国家应该独立地制定金融法律与政策,不受外来的干涉。对外,国家可以依据其自身经济发展的需要,按照渐次开放的经济学原理,自主地决定金融市场的开放次序。应该注意的是,金融改革是经济增长的重要促进因素,发展中国家的金融改革,包括自身体系的改善,也包括为因应国际化趋势的开放,两者难以割裂。由于对内改革着力的难点是针对传统制度的“惰性”,金融服务法的改革宜采用渐进式的路径,这是由法律的本土性决定的。同时,国际化对发展中国家并不总是带来负面影响,有时也可能带来机遇,在合理配置金融资源方面,市场化的机制具有较高的效率,高效率的金融服务带来的福利效应也会惠及本国消费者。基于制度的变迁和演化角度,当具有先天惰性的发展中国家金融法律体系遇到外生性力量的推动时,其变革的动能可能比单纯依靠内部力量推动来得大。因此对于发展中国家,在强调金融主权的同时,应该以开放的国内金融立法面对金融服务国际化趋势。

在当今国际经济秩序结构中,货币金融秩序具有举足轻重的地位。同时,国

^① 金融主权与金融霸权是相对应的一个概念,后者曾被美国一些持“霸权稳定论”的国际关系学者,如金德尔伯格等用于解释二战后的国际货币金融秩序。

^② 参见俞平可等:《全球化与国家主权》,社会科学文献出版社2004年版,第1—49页。