

 angfan yu Huajie Guoji Jinrong Fengxian he
Weiji de Zhidu Jiangou Yanjiu

防范与化解国际金融风险 危机的制度建构研究

韩 龙 ● 等著

 人民出版社

Fangfan yu Huajie Guoji Jinrong Fengxian he
Weiji de Zhidu Jiangou Yanjiu

防范与化解国际金融风险^和 危机的制度建构研究

韩 龙 • 等著

 人民出版社

责任编辑:詹素娟

封面设计:彭世兴

责任校对:周 昕

图书在版编目(CIP)数据

防范与化解国际金融风险和危机的制度建构研究/韩龙 等著.

—北京:人民出版社,2014.9

ISBN 978-7-01-013997-5

I. ①防… II. ①韩… III. ①国际金融—风险管理—研究②国际金融—
金融危机—研究 IV. ①F831

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 227086 号



防范与化解国际金融风险和危机的制度建构研究

FANGFAN YU HUAJIE GUOJI JINRONG FENGXIAN HE WEIJI DE ZHIDU JIANGOU YANJIU

韩 龙 等著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京中科印刷有限公司印刷 新华书店经销

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:29

字数:450 千字

ISBN 978-7-01-013997-5 定价:68.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

国家社科重点项目研究成果

前 言

“防范和化解国际金融风险和危机的制度建构研究”系 2008 年国家社科基金重点项目（由国家重大项目转立）（项目批准号：08AJY013）的最终成果，也是我主持的 2013 年国家社科重大项目“人民币国际化的法律问题研究”（批准号：13&ZD180）的阶段性研究成果。自上述国家重点项目立项以来，课题组成员围绕如何有效防范和化解金融风险与危机开展了深入和系统的研究，从有效维护我国和国际社会的金融安全稳定这一根本目标出发，密切追踪国际社会因应国际金融危机而开展的金融监管制度改革的最新发展，结合我国实践，系统提出了金融制度构建的举措与对策。本著即为这一课题研究的最终成果。课题组主要成员及主要分工如下：韩龙（中南财经政法大学法学院教授，撰写第一、二、十二章，与包勇恩合撰第五章），宋晓燕（上海财经大学法学院教授，撰写第六章），张路（天津财经大学教授，撰写第三章），彭秀坤（西北大学法学院讲师，撰写第八、九、十章），包勇恩（法学博士，江苏省常熟市法院法官，撰写第四、十一章，与韩龙合撰第五章），张敏（湖南省怀化市中级人民法院法官，撰写第七章）。该课题在主持人韩龙教授的指导下完成，该部书稿经过了韩龙教授多次修改及统稿。现就该项目最终研究成果说明如下：

一、研究目的

自 20 世纪 70 年代开始，伴随金融自由化和经济全球化的脚步，金融危机的爆发日益频繁，金融风险跨境传染的强度不断增加，如何防范和化解国际金融风险和危机成为亟待研究解决的重大课题。虽然最近四十年国际金融监管制度有了长足的发展，但 2008 年全球金融危机的爆发使国际社会普遍意识到，为有效应对国际金融危机，必须在制度层面系统构建防范和化解国际金融风险与危机的监管体系。在此背景下，本项目的研究从国际金融风险和危机的最新发展出发，结合金融全球化和我国金融业对外开放这一宏观环境，以如何有效维护我国金融业的安全稳健为目的，就如何构建全面有效的金融规制与监管制度开展了系统研究。具体而言，本项目研究的目的可概括为以下三方面：第一，明确金融规制与监

管制度在防范和化解国际金融风险与危机中的作用与地位,树立金融规制与监管制度构建在其中的基础性地位,为理论与监管实践确定科学的指导方向。第二,研究当前在防范和化解国际金融风险与危机制度构建中的重点改革内容,剖析国际规制标准与监管制度的最新发展与先进经验,为推进科学研究的进步和金融监管实践的发展提供支撑。第三,探究我国规制与监管制度的缺陷与不足,提出我国应对国际金融风险与危机的制度对策,为完善我国的金融规制与监管制度提供有益参考。

二、研究的主要内容

本项目研究成果包括十二章,主体内容可概括为四大部分。第一至三章为第一部分,重点是分析防范和化解国际金融风险与危机的制度建构的根本性和基础性问题与制度;第四至八章为第二部分,重点研究当前金融规制与监管法律制度亟待改革完善的主要问题;第九至十一章为第三部分,着重就金融全球化背景下我国金融规制与监管制度亟待完善的核心问题进行研究。第四部分即第十二章,从宏观层面对国际货币金融制度的发展趋势进行总结。

第一部分的研究是本项目研究的基础,在研究具体的制度构建之前必须明确其所处的宏观背景与环境,树立科学的观念。本部分研究不仅明确了本项目研究需植根的金融全球化和金融业对外开放这一宏观制度背景,而且还从国际法角度审视我国在构建金融规制与监管制度中的权力和权限,同时阐明了科学的金融规制与监管观,从而保证了本项目研究的科学性与实用性。

第一章主要研究了当今世界金融开放的法律架构,重点研究 WTO 制度体系下的金融开放体系和我国金融业对外开放的管理制度,明确当前金融全球化所处的法律制度环境和我国金融业融入全球化的趋势。第二章核心内容是分析金融规制与监管在金融风险防范中的必要性与重要性,通过对金融规制与监管正当性的分析和对新自由主义的批判及反思,提出了科学的金融规制与监管观,指出规制监管与市场是相互补充而非替代关系,同时指出金融规制监管应针对市场失灵之处,不能越位和越界,强调金融规制监管与效率在根本上是一致的。第三章主要是在分析当今世界金融开放的法律框架基础上,研究金融开放条件下金融监管的法律依据和市场准入监管制度框架的构建,并注重就如何合理运用“审慎例外”制度维护我国金融业安全稳定进行研究。此外,第三章还探讨了防范金融风险 and 危机的法律制度框架及其所应覆盖的主要领域,为构建这一法律制度提供理论支撑。

第二部分主要研究当前金融监管法律制度亟待改革与完善的大领域和热点问题,分别是宏观审慎规制与监管制度、监管资本与流动性监管标准制度、金融消费者保护与金融风险及危机防范制度、金融风险压力测试及其法制化以及信用评级机构监管制度。其中,构建宏观审慎规制与监管制度是防范系统风险和危机的基础,完善监管资本和流动性监管制度是提升日常金融监管有效性的核心,构建完善的金融消费者保护体系是防范金融风险与危机的必要配备制度,压力测试法制化和改革信用评级机构监管制度是准确监测与评估风险的重要保障。

第四章在分析宏观审慎规制与监管视野层次的基础上,提出了监管体制的改革内容和国际监管协调制度的构建,认为应在完善中央银行的监管职责基础上选择与本国国情相适应的监管体制模式,提出我国当前重点是构建金融监管协调机制。第五章根据巴塞尔 III,研究规制资本监管与流动性监管制度的最新发展及未来趋势,通过对巴塞尔 III 的全面剖析阐述其对未来金融业发展的深远影响。第六章重点是研究金融消费者保护在防范金融风险与危机中的作用,通过对主要发达经济体金融消费者保护制度的比较研究找出我国加强金融消费者保护的方案。第七章和第八章分别就压力测试制度化问题和信用评级机构监管制度改革问题进行重点研究。这两章首先分别对压力测试和信用评级的重要性进行阐述,在此基础上,指明压力测试和信用评级在评估、界定金融风险中的重要地位;其次,对金融危机暴露出的压力测试监管缺失与信用评级机构监管漏洞进行准确分析;再次,系统比较国际社会在上述两方面的最新改革经验;最后,结合我国实际情况提出如何构建我国压力测试监管制度与信用评级机构监管制度。

第三部分主要内容是从银行、证券领域监管合作出发,研究金融开放条件下我国如何构建双边监管合作制度。此外,本部分还研究了金融开放条件下的金融机构市场退出监管法律制度,通过对金融机构跨境破产实证缺陷的考察和国际监管改革趋势的分析,就如何建构跨境破产监管救助责任分担机制进行了探索性研究。

第九章重点对我国双边银行监管合作中存在的问题及完善措施进行深入研究。针对我国目前在双边银行监管合作中存在的指导理念缺乏科学定位、国内立法缺乏针对性规范和跨境执法合作缺乏有效机制等问题,本章提出通过在已有“备忘录”形式基础上签订更多的具有法律约束力的双边条约与协定,使双边银行监管合作能够实现“软硬结合”。此外,我国还应重视积极参与全球银行监管合作体系的监管,在国际法律框架内进一步完善我国的双边银行监管合作机制。第十章重点研究如何完善我国双边证券监管合作制度,提出我国需着力解决我国证

监会在双边监管合作中权限的充足性问题,根据证监会在双边监管合作中的授权功能、信息功能、监管功能和政策功能这四项功能合理确定其权限;同时指出完整的证券监管双边合作的法律框架不仅需要可灵活调整以适应证券市场变化的软法方式,也需要可对双方监管合作义务履行情况有效监督和制约的硬法条约。第十一章重点从金融机构跨境破产处理的特殊性出发,研究如何构建金融机构跨境破产监管责任划分机制。首先,必须明确金融机构跨境破产监管责任划分原则,必须以有效防范系统风险为根本出发点,同时为保证实际可行性还应坚持权责统一的指导原则和重视实际中的监管协调与配合。其次,在构建金融机构跨境破产监管责任划分机制时,应注意区分破产重组与破产清算两种不同情形下的差异。最后,在破产重组中应确定由母国监管当局承担主要监管责任这一基本原则的同时,需进一步确定东道国监管当局的责任,此外,还应特别注意若破产金融机构主要业务在母国境外时的责任划分问题。

第四部分即最后一章(第十二章)主要是总结危机后国际社会货币金融制度改革特征与趋势,分别从发达经济体的金融监管制度改革和国际层面货币金融制度改革出发,分析总结了货币金融制度的发展趋势,为今后的研究提供方向性指导。该章综合分析了国际社会金融改革的共同特征,其中最为显著的是将法律制度层面改革和加强现有的金融规制与监管作为主要内容,并强调国内金融规制和监管制度的改革需要有国际金融监管制度改革的配合。该章还提出,国际金融监管制度的改革重点是加强和健全监管规则 and 标准、扩大并加强对金融市场的监管、健全国际监管责任划分机制以及建立国际金融监管组织机构。

三、研究的价值

金融规制与监管问题研究虽是当前学界关注的热点问题之一,但传统上对金融规制与监管的研究主要集中于金融学和国际金融学领域,金融学和国际金融学的研究又重点从技术角度出发,强调如何准确监测评估风险和如何选择监管工具等,缺乏从制度层面和法律体系建构角度的研究,而法学的传统研究基本是对单个问题的零碎性研究,缺乏从防范和化解国际金融风险与危机角度的系统性研究,且未能与时俱进,进行观念和制度内容上的研究创新。本项目在创新观念与制度内容的同时,对防范和化解国际金融风险与危机进行系统、深入的制度建构研究。此外,与传统上单纯从金融学或法学研究不同,本项目研究以法律制度构建为出发点,采用金融学与法学相结合的交叉研究方法,在全面准确分析金融业发展实践暴露的风险问题基础上,研究如何通过构建合理的制度防范金融风险。

在研究内容与方式上,本项目研究注重将发达经济体制度建设经验、国际金融监管发展趋势与我国金融监管制度构建实践相结合,着重研究了在我国金融业风险暴露所受外部影响程度日益加深情形下,我国应如何构建国际金融风险与危机的防范和化解法律制度体系。本项目在研究内容选择上以系统论为指导,覆盖了从市场准入、经营监管、监管合作到市场退出的全方位监管法律制度构建内容,形成了科学合理的框架体系。此外,本项目还特别重视从金融监管实践暴露的问题出发,在研究理论发展趋势的同时,以实践中的改革需求为导向,使理论研究能够与实践需要进行良好对接。因此,本项目成果不仅可以推动金融规制与监管制度领域的研究水平,弥补法学界在构建防范国际金融风险制度上的不足,而且,本项目成果具有实用参考性与指导性,能够为完善我国的金融规制监管制度提供切实可行的参考。

总之,作为一项构建防范与化解国际金融风险 and 危机的制度的研究成果,我们期冀该成果的问世能够大大提升对国际金融监管制度变革及其发展趋势的研究水平,不仅弥补了法学界对金融风险防范制度的系统研究的不足,而且与金融学界的已有研究成果形成良性互补,促进我国进一步提高金融风险防范水平和完善金融监管法律制度体系。在构建全面防范与化解国际金融风险制度成为未来我国金融监管机构重要工作的背景下,我们也期待该成果的出版为金融监管实务部门提供有益的参考。

韩 龙

2014年8月于武昌南湖

目 录

第一章 当今世界金融开放的法律架构 / 1

第一节 当今世界金融市场开放法律框架的构成 / 1

第二节 WTO 有关金融市场开放制度 / 4

第三节 WTO 金融服务市场开放制度的贡献与特点 / 23

第四节 我国金融市场对外开放的管理制度 / 26

第二章 开放条件下金融风险与危机的传播及其防范的理论建构 / 36

第一节 金融风险及其传播路径 / 36

第二节 对金融风险进行金融规制和监管的正当性 / 47

第三节 对新自由主义的反思 / 63

第四节 金融风险模型内含的信条偏误 / 71

第三章 多边法律框架下防范金融风险 and 危机的法律依据与制度体系 / 87

第一节 多边法律框架下防范金融风险 and 危机的法律依据 / 87

第二节 防范国际金融风险 and 危机的法律制度体系建构 / 96

第四章 宏观审慎与系统风险防范 / 103

第一节 宏观审慎规制与监管的起源与发展 / 103

第二节 宏观审慎规制与监管的视野层次 / 110

第三节 宏观审慎规制与监管的制度保障 / 119

第四节 金融业开放下宏观审慎规制与监管的国际协调合作机制 / 147

第五章 规制资本监管与流动性监管 / 158

第一节 巴塞尔 III 对规制资本的修订与影响 / 158

第二节 流动性监管国际标准改革 / 173

第六章 金融消费者保护与金融风险及危机防范 / 196

第一节 美国金融消费者保护制度及其发展 / 197

第二节 欧盟金融消费者保护制度及其发展 / 212

2 防范与化解国际金融风险和危机的制度建构研究

第三节 英国金融消费者保护制度及其发展 / 229

第四节 对我国金融消费者保护制度的相关思考 / 239

第七章 金融风险压力测试及其法制化问题 / 241

第一节 压力测试概述 / 242

第二节 国际社会有关压力测试之规范比较 / 248

第三节 我国商业银行压力测试法制化的现状及完善构想 / 255

第八章 信评机构改革的法律问题 / 265

第一节 信评机构的自律发展与信誉机制理论 / 266

第二节 信誉机制在全球金融危机中的失效 / 274

第三节 主要经济体信评机构的改革及评价 / 286

第四节 我国信评机构监管法律制度的建构 / 297

第九章 我国双边银行监管合作中的法律问题与解决构想

——以跨境并表监管为核心 / 308

第一节 巴塞尔委员会与双边银行监管合作的国际标准 / 309

第二节 全球双边银行监管合作的现状及问题 / 323

第三节 我国双边银行监管合作中的法律问题与解决构想 / 333

第十章 我国双边证券监管合作中的法律问题与解决构想 / 343

第一节 影响我国双边证券监管合作的重要因素 / 343

第二节 我国双边证券监管合作的方式及内容 / 351

第三节 我国双边证券监管合作中的法律问题 / 363

第四节 解决我国双边证券监管合作的法律构想 / 372

第十一章 金融机构跨境破产与责任承担的法律问题 / 380

第一节 金融机构跨境破产与监管合作 / 380

第二节 金融机构跨境破产之特殊处理——以破产重整为核心 / 385

第三节 金融机构跨境破产监管缺陷的实证分析 / 398

第四节 金融机构跨境破产中司法权与行政权的平衡 / 409

第五节 金融机构跨境破产监管责任划分 / 416

第六节 金融开放条件下我国金融机构破产监管法制的完善 / 425

第十二章 危机后国际社会货币金融制度改革其特征与趋势 / 431

第一节 防范国际金融危机需进行国际货币制度改革 / 432

第二节 危机后国际社会的主要金融改革方案与要解决的问题 / 437

第一章 当今世界金融开放的法律架构

国际金融风险和危机的传播,与各国金融市场开放所致金融国际化和全球化具有密切的关系。长期以来,各国金融市场的开放一直由各国自行决定,或仅受制于双边或区域性安排,一套约束各国金融市场开放的多边法律制度并没有建立起来。但是,随着服务包括金融服务在《关贸总协定》的乌拉圭回合纳入多边贸易体制和《服务贸易总协定》(以下简称 GATS)在 1995 年的生效,特别是 WTO 成员方达成的有关金融服务的《第五议定书》在 1999 年的生效,这一状况得到了根本性的改观。1999 年生效的关于金融服务的《第五议定书》与之前生效 GATS 一起,第一次在全球多边范围内建立起了国际金融市场开放的法律制度,虽然这一制度具有自身的特色。^① 这一法律制度加上此前已经存在的双边或区域性的金融开放安排,使当今世界金融开放的法律框架已经形成,并呈现出不同层次性。金融市场开放十分重要,从逻辑和事实上讲,如果各国不开放金融市场,那么,金融的国际联系就会十分淡薄,金融风险 and 危机在国际间也难以传播,也就不需要系统地建构防范和化解国际金融风险和危机的制度。可见,建构防范和化解国际金融风险和危机的制度,在理论和实践上都以开放金融市场为隐含前提。

第一节 当今世界金融市场开放法律框架的构成

金融市场的开放制度由哪几部分构成,彼此间是什么关系,这些是涉及金融市场的开放制度全貌的问题,需要首先进行考察。

^① 对于这一制度的特点,详见本章后述。

一、金融市场开放法律框架的构成

金融市场开放的法律框架由四个层面的制度构成:全球多边的开放制度、区域的开放制度、双边的开放制度和一国的开放制度。就全球多边意义上的金融开放的法律制度而言,前已述及,1999 年生效的关于金融服务的《第五议定书》与之前生效 GATS 一起,第一次在全球多边范围内建立起了金融市场开放的制度。就区域的金融市场开放制度而言,众所周知,区域经济一体化是当代国际经济发展的一个突出特征,许多区域经济一体化协议都规定了金融服务制度,这些制度结合起来构成金融市场开放的区域制度。除此之外,不少经济体之间还就彼此间的金融市场准入以及经营达成了协议,这些构成国际金融市场开放的双边制度。当然,在以上各类制度之外,各国还有对外国金融服务和服务提供者的金融市场开放的管理制度,这些也构成国际金融市场开放制度的重要组成部分。

根据金融市场开放法律框架的构成,本章第二节将重点对 WTO 有关金融市场开放的制度进行阐述,第三节阐述我国对外国金融服务和服务提供者的金融市场开放的管理制度。在目前 WTO 覆盖范围极其广泛,且区域一体化协定或安排众多的情况下,本章对区域性的和双边的金融市场开放制度不作阐述。

二、金融市场开放法律框架各构成部分的关系

金融市场开放法律框架各组成部分的关系问题,特别是 WTO 有关金融市场的开放制度与其他组成部分之间的关系问题,是一个值得明确的问题。WTO 截至目前已有 157 个成员方,且覆盖了世界上的主要经济体,还有一些经济体正在申请加入,因此,WTO 有关金融市场的开放制度具有多边,乃至全球意义。WTO 金融市场开放的法律制度对各成员方具有拘束力,各成员方根据 WTO 的规定享受权利,履行义务。

WTO 允许区域一体化协议的存在,同时尽量避免或减少其对 WTO 多边贸易体制造成损害,为此 WTO 建立了对成员方之间的区域经济一体化安排的约束,主要包括区域一体化成员之间要尽可能广泛地取消贸易限制措施,对外不得提高贸易壁垒的总体水平,区域经济一体化要有合理的过渡期。符合这些要求的区域一体化协议构成 WTO 最惠国待遇原则的例外,不受 WTO 最惠国待遇义务的约束,因此,区域一体化是对 WTO 规则的“套利”。WTO 成员方可以将这种区域范围内的互惠合作及其优惠、利益限于区域一体化的范围之内,而拒绝将其适用于 WTO

的其他成员方。^① WTO 的成员方如果要订立区域经济一体化协议,建立区域性的金融市场开放制度,开展区域经济和金融一体化,就需要遵守 WTO 要求,使区域经济和金融一体化的安排与其在 WTO 项下承担的义务保持一致。

双边的金融市场开放能否适用 WTO 区域经济一体化的例外,主要取决于其是否构成 WTO 所要求的区域经济一体化的协议安排。GATS 第 5 条要求服务贸易领域(涵盖金融服务)的区域一体化需要涵盖众多的服务部门。而服务贸易区域一体化涵盖众多的服务部门应根据部门数量、受影响的贸易量和提供方式来理解,且服务贸易区域一体化协定不应规定预先排除任何服务提供方式。此外,在服务贸易区域一体化协定生效或一段合理的时间框架内,在该协定所涵盖的部门,在协定的成员之间通过取消与国民待遇不一致的现有歧视性措施和 / 或禁止新的或更多的与国民待遇不一致的歧视性措施,达到取消或不实行对国民待遇的实质上的所有歧视。这些都是衡量双边的金融市场开放制度是否符合 WTO 区域经济一体化要求的重要标准。依据这些标准,仅限于金融领域的双边协议安排似难符合 GATS 的要求。双边的服务(包括金融服务)市场开放制度如果符合 WTO 区域经济一体化要求,则构成 WTO 区域经济一体化的例外,否则,则需要遵守 WTO 最惠国待遇原则和其他义务规定,将双边达成的优惠、利益等适用于其他 WTO 的成员方。此外,达成区域一体化协议安排的经济体,在订立双边的金融市场开放制度时,还需要顾及和遵守区域一体化协议安排的要求和义务,使其在协议安排中承担的义务与在区域一体化协议安排中所承担的义务相一致。

一国如果既不是 WTO 的成员方,又不是区域经济一体化协议安排的参加方,也没有缔结有关金融市场开放的双边协议,那么,该国就不需要遵守上述金融市场的多边、区域和双边的开放制度。在这种情况下,一国对于是否允许外国的金融服务和金融服务提供者准入和经营,由该国根据自己的主权自行决定,这是该国按照自身的利益需要进行考量和定夺的结果,不存在国际义务。但是,在全球经济和金融一体化的今天,这样的国家已不多见。相反,大量的国家往往同时是多边、区域和双边协议安排或组织的成员方、参加方或缔约方。在世界多数国家都是 WTO 成员方这一情况下,一国确定对外国金融服务和金融服务提供者的金融市场开放制度,就需要遵守 WTO 的义务要求,使本国对外国金融服务和金融服务提供者的管理规定与上述义务要求保持一致。

^① 韩龙:《论 WTO 与区域经济一体化》,《中外法学》2003 年第 2 期。

第二节 WTO 有关金融市场开放制度

在 WTO 有关金融服务市场开放制度建立之前,有关金融市场开放的全球性多边制度事实上是不存在的,GATS 的达成和有关金融服务的《第五议定书》的生效是 WTO 法对国际金融法的重大贡献,填补了全球多边金融市场开放制度的空缺。WTO 有关金融服务市场开放制度主要由三部分构成:GATS、金融服务附件(Annex on Financial Services)(简称金融附件)和金融承诺表。GATS 是关于服务贸易的一般性规定,由于金融服务属于服务贸易的组成部分,因此,GATS 的规定适用于金融服务,适用于外国金融服务和金融服务提供者的市场准入和经营。^① 金融附件是针对金融业的特点和需要而制定的,它对 GATS 的一般性规定适用于金融服务时进行了必要的澄清,或做出了符合金融服务部门特点和需要的解释或变通,使 GATS 的有关规定具体化。GATS 通过金融服务附件而具体适用于金融服务领域,金融附件将 GATS 适用于服务贸易的一般性、通用性规定适应于金融领域的特点和需要。^② 因此,金融服务附件构成 GATS 的特别法,在金融服务附件有不同或更具体规定的情况下,该附件的规定优先适用。金融服务承诺表记载的是 WTO 各成员方对市场准入和国民待遇的承诺以及附加承诺。

WTO 是如何建立起全球性的金融市场开放制度的? WTO 建立全球性金融市场开放制度的理路和机制,总的来说,就是:WTO 通过规制和约束成员方影响金融服务市场准入和经营的措施来逐步推行金融服务自由化并建立金融服务市场准入及经营秩序的。WTO 为建立这样的秩序又是如何规制和约束成员方的措施的呢? 概括地说,这一机制就是通过将成员方影响金融服务提供的措施,包括影响金融服务市场准入和经营的措施纳入到 WTO 多边规制范围之内,以 GATS 的规则进行基本约束,以金融附件作为补充,以各成员方金融服务承诺表来确定其在市场准入和国民待遇上所承担的具体义务,以 WTO 的争端解决机制作为实施的保障。本节以下根据 GATS、金融附件并适当结合金融服务承诺表对 WTO 推行金融服务市场准入和经营的法律机制进行阐述。

^① 本章所讲的 WTO 项下的金融市场经营制度,是指能够影响外国金融服务提供和提供者的制度,如国民待遇和透明度等。

^② 韩龙:《金融服务贸易规制与监管研究——基于入世过渡期后银行业局势的探讨》,北京大学出版社 2006 年版,第 39 页。

一、WTO 约束和规制成员方措施的范围

“欧共体—香蕉案”(European Communities—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas)^①的上诉机构在报告中强调,GATS 第 1 条第 1 款本身的基本结构、逻辑以及该款与 GATS 其他条文之间的关系,要求先要判断一项措施是否受 GATS 的调整,然后才是该措施是否与 GATS 规定的成员方实体义务相一致的问题。^②可见,要确定一国的有关措施是否违背 WTO 有关金融服务的义务,首先要确定该措施是否在 WTO 约束的范围之内。那么,WTO 约束和规制的成员方影响金融服务提供的措施范围有多大呢?GATS 第 1 条规定 GATS 适用于 WTO 成员方影响服务提供的所有措施。金融附件规定,附件适用于影响金融服务提供的所有措施。金融服务是由成员方金融服务提供者提供的具有金融性质的任何服务,包括所有保险和与保险有关的服务,所有银行和其他金融服务(不包括保险)。而金融服务的提供指的是 GATS 第 1 条第 2 款所规定的所有 4 种服务提供方式。因此,探讨 WTO 成员方在金融服务中受到约束和规制的程度和范围,宜以 GATS 第 1 条的规定为起点和基点。

(一) 金融服务提供的四种方式

GATS 第 1 条并没有对何为服务和服务提供进行界定,转而采取了列举服务提供方式的形式。该条列举了服务提供的四种方式并分别进行了全面的定义,从而也指明了金融服务提供的方式。GATS 所列举这四种方式是:

1. 第一种方式:跨境提供(cross-border supply)

跨境提供是指自一成员方境内向另一成员方境内提供服务,服务贸易的提供者或接受者不发生位移。跨境提供与货物贸易的通常形式基本相当,这种方式是服务贸易中最直接的方式。

2. 第二种方式:境外消费(consumption abroad)

境外消费是指在一成员方领土内向另一成员方的服务消费者提供服务。这种方式通常需要服务的接受者发生位移,而提供者不移动,如旅游或留学等。境外消费存在的另外一种情况是有关资产而不是消费者移动到服务提供国,接受服务,如

① “欧共体—香蕉案”是由于欧共体有关香蕉的进口、销售和分销体制而引起的争端。1989 年 12 月,欧共体与 70 个非洲、加勒比海和太平洋地区的发展中国家(简称非加太国家)签订了第四个洛美协定,其中包含有关香蕉的议定书,并被豁免适用最惠国待遇。1993 年,欧共体建立了香蕉共同市场,建立了三类香蕉进口制度:第一类是从传统的 12 个非加太国家进口的香蕉;第二类是上述国家超出供应量的非传统进口和从非传统的非加太国家的香蕉进口;第三类是从非加太国家之外的第三国的香蕉进口。欧共体对三者规定了不同的进口待遇,引起了厄瓜多尔、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥等国与欧共体的争端。

② “欧共体—香蕉案”上诉机构报告,第 151—152 段。

飞机、船舶等在国外进行修理。与跨境提供相同,这种服务提供方式并不需要服务的提供者进入消费者本国。

3. 第三种方式:商业存在 (commercial establishment)

商业存在是指一 WTO 成员方的服务提供者在 WTO 另一成员方境内以商业存在的方式提供的服务,如外国银行在东道国境内设立分支机构提供金融服务等。这种方式可能是最为重要的服务提供方式,同时也对东道国提出了相当大的挑战,因为管理这种方式下的服务提供的规则立即和直接触及国内规制和国内政策问题,而管理货物贸易的关税和其他边境措施规则却是在多边贸易体制经过多年发展之后才逐步介入敏感的国内规制和国内政策问题,而 GATS 从一开始就不得不解决这些问题,如外国服务提供者在东道国建立商业存在所内含的开业权等。

4. 第四种方式:自然人移动 (movement of natural persons)

自然人移动是指一成员方的服务提供者通过自然人在另一成员方境内提供服务,在这种提供方式中作为服务提供者的自然人发生移动,而服务接受者不移动。外国服务提供者的商业存在并不一定要求外国人存在,它可以全部雇佣当地员工。然而,当服务提供者需要使用外国经理或专家时,商业存在就与自然人移动结合到了一起。自然人移动也可以脱离在东道国设立的商业存在而独立存在,来到东道国的自然人可以是外国服务提供者的雇员,也可以作为独立的个人提供服务。

结合 WTO 在金融服务领域约束的成员方措施的范围来看,成员方影响以上四种服务提供方式下所发生的金融服务的所有措施均受 WTO 规则的约束。

(二)“影响”服务贸易的措施中的“影响”(affecting)

GATS 第 1 条规定,GATS 适用于 WTO 成员方影响服务提供的所有措施。GATS 在规定其适用范围时使用了“影响”(affecting),而不是“调整”(governing, regulating)。什么是“影响”服务提供的措施,这种措施与成员方“调整”或“规制”服务提供的措施是什么关系?对此 WTO 争端解决机构的专家组和上诉机构在“欧共体—香蕉案”给出了回答。

专家组针对欧共体关于被指控的措施只调整香蕉这种货物进口,而非服务贸易问题,因而不适用 GATS 的规定的主张,认为 GATS 适用于对服务提供的竞争条件产生影响的任何措施,而不论这些措施是直接支配,还是间接影响服务的提供,并认为欧盟的香蕉进口许可制度应受到 GATS 的约束。上诉机构指出,GATS 第 1 条第 1 款中对“影响”一词的使用,反映了起草者对 GATS 给予广泛适用范围的意图。“影响”一词的普通含义意味着一项措施对某事产生影响 (an effect on),其适用范围