

论 GATS 金融附件中的“审慎例外”

韩龙

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 金融服务贸易自由化与审慎监管的关系是 WTO 金融服务贸易的核心问题, 而“审慎例外”是 WTO 法律体系内这一问题的惟一依据。“审慎例外”虽然十分概括, 但却包含着调整二者关系的原则, 蕴涵着审慎措施的标准, 从而为界定审慎措施与政策的关系提供了依据, 同时也为我国在金融业对外开放中加强审慎监管提供了根据和保护。

关键词: GATS 金融附件; “审慎例外”; 审慎措施; 金融服务贸易自由化

中图分类号: DF962

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)03-0314-06

服务贸易总协定(以下简称 GATS)将金融服务纳入金融服务贸易自由化(以下简称金融自由化或自由化)的轨道, 从而亦将其纳入 WTO 的多边纪律之中。然而, 金融是整个经济的核心, 是需要严密监管的特殊行业。寻求自由化的多边纪律与各国需要行使监管自由之间存在激烈的碰撞。虽然 GATS 金融附件(以下简称附件)对此有原则性规定即西方金融界俗称的“审慎例外”(prudential carve-out), 指出“无论本协定任何其它条款如何规定, 不应阻止一成员为审慎原因而采取措施, 包括为保护投资者、存款人、投保人或金融服务提供者对其负有诚信义务的人而采取的措施, 或为确保金融体系的统一和稳定而采取的措施”。但这一规定十分原则。自由化与监管究竟是什么关系? 附件中审慎措施的标准是什么? 监管所依赖的国内政策中哪些构成审慎措施? 这些问题是各国必须面对的重要现实问题。由于“审慎例外”是现行条件下解决自由化与监管这一核心问题的惟一依据, 本文对此进行探讨, 以期对入世后我国妥善处理二者关系有所裨益。

一、“审慎例外”的核心——金融监管与金融自由化的关系

(一) 自由化与监管是 WTO 金融服务贸易的核心问题

金融自由化对于促进经济发展和金融稳定具有重要的积极作用, 如自由化通过交易量和交易品种的增加, 使金融市场得到深化和扩大, 从而减少波动并增强对金融动荡的抵御能力; 金融自由化所导致的开放的和更有效率的金融市场通过影响储蓄和投资以及改善资源配置能够促进经济增长等。正因为如此, 对自由化应予以推动, 而推动金融自由化没有相应的多边纪律约束是行不通的。WTO 金融自由化在一定程度上是对各国金融利益按 WTO“游戏规则”进行重新分配。由于各国利益不同, 如果没有多边纪律的约束, 极有可能出现一些国家一方面要求其它国家尽可能多地开放市场以便从中获利, 而另一方面以审慎措施为借口逃避本应承担的义务的情形。不仅如此, 审慎措施与贸易保护主义客观上具有混杂的一面: 旨在维护金融体系稳定和保护存款人等审慎措施有时也免不了对 GATS 下的承诺和义务造成损害, 而贸易保护主义则可以以审慎措施为借口逃避承诺和义务。应对这一挑战也需要一定的纪律, 来制止保护主义以推进自由化。GATS 的自由化多边纪律及金融附件对审慎措施运用的限制性规定皆缘于此。

金融“是现代经济的支柱——任何不严重依赖于(无论是直接或间接)金融部门所提供服务的经济活动, 都很难想象”^{[1](7)}。金融构成现代经济发展的基础设施, 为其它经济部门的发展提供要素投入,

收稿日期: 2003-01-13

基金项目: 中南大学社科基金项目(0202001)

作者简介: 韩龙(1964-), 男, 河南南阳人, 中南大学教授, 法学博士, 经济学博士后, 主要研究方向: 金融, 金融法, WTO 问题。

它关系到其它部门和整个经济的繁荣和稳定,因而也成为各国政府调控国民经济的必不可少的工具。也正因为如此,金融问题所造成的外部效应对整个经济和社会的影响也是其它服务行业所无法比拟的。金融行业所具有的这种影响全社会利益和社会经济发展的“公共性”的特点使它不同于其它行业,需要特殊对待。此外,金融业作为高风险行业具有内在的不稳定性。金融业的高风险性和内在的不稳定性客观上需要通过监管使金融机构依法运作,保持合理的资产负债比例、流动性和清偿能力,以保障金融机构资金运用安全和社会公众利益。因此,在GATS的谈判过程中,各国政府普遍感到对金融服务应当给予特别对待,对金融业应进行严密规制,需要为实现上述目的而采取审慎措施的充分自由^{[2](11)}。

金融一方面需要监管,另一方面又需要建立一套规制成员方政策的多边纪律以推进自由化,这浓缩着金融作为影响国民经济和社会发展的支柱行业在WTO服务贸易自由化中所具有的特殊性。金融自由化离不开金融监管,但如果不能处理好它与监管的关系,金融自由化就很难得到推进,也不能保障其稳健发展,甚至招致失败,因此,如何在维护金融自由化多边纪律的同时不损害各国追求审慎目标的自由,并妥善处理好自由化与监管的关系问题,是WTO金融自由化所要平衡和解决的核心问题。

(二) WTO框架内的审慎措施不受GATS自由化条款或金融承诺的羁绊

监管与自由化是WTO在金融领域的两大支点,二者在多边法律意义上的关系取决于WTO有关规则对二者的权衡后所做出的定夺。根据附件的规定,WTO不阻止成员国采取措施保护金融体系的稳定和金融机构的存款人等,WTO的目标是金融服务自由化而不是不要监管。WTO的规则允许成员国在削减金融服务贸易壁垒和逐步实现金融自由化的同时采取审慎监管措施。不仅如此,附件十分重视成员方对国际金融服务贸易的监管并把监管摆在优先位置。这一点从附件的性质和GATS的谈判过程可以得到印证。

金融附件是在充分考虑金融业特点的基础上对GATS有关规则的重要补充和扩展。按照法律适用中特殊优于一般的原则,附件中的“审慎例外”应得到优先适用,而不需顾及GATS的相关规定。同时,“审慎例外”本身就意味着审慎措施不必列入金融承诺表,也不受金融承诺表的限制。金融附件使用“无

论本协定其它条款如何规定”的措辞充分表明成员国无论是否做出了自由化的承诺,都有权采取监管措施,而不受GATS自由化条款或承诺的羁绊。

在GATS的谈判过程中,人们普遍认为金融服务这一重要领域需要给予特别的对待,需要对金融业进行严密的规制。一个原因是国家经济的增长和发展与金融机构的稳定密切相联,另一个原因是金融服务的消费者在面对经营不善或不诚实的服务提供者时需要保护。金融附件的设计旨在满足这些需要。因此,附件中的“审慎例外”明确规定成员国有权采取措施维护金融业的统一、稳定和保护存款人。需要强调指出的是,正是因为金融附件规定有足够的监管自主权和灵活性,所以,许多国家才敢于在金融业这一高度敏感的行业实行对外开放。“附件规定的审慎监管例外代表着许多重大利益的调和,构成在确需慎重的这一敏感领域里为保留监管灵活性而达成的一项妥协”^[3]。

金融附件对二者关系做出以上定夺是对监管与自由化的作用进行权衡的结果。如前所述,金融业是一个特殊的部门,具有战略的重要性、内在不稳定性等特征,其重要性是其它服务部门如旅游、建筑等无法比拟的,因此,需要监管。不仅如此,监管还构成自由化稳健发展的必要条件和基础。金融自由化虽然对于促进经济发展、金融稳定具有重要的积极作用,但这种作用是潜在的,不会自动实现。要将潜在的作用变为现实需要一定条件,其中主要是宏观经济的稳定和监管制度的健全^{[4](25)}。需要指出的是,金融在营造宏观经济环境方面具有重要作用,它是宏观经济调控的重要手段从而也构成影响宏观经济的重要因素,宏观经济稳定在现代经济中很大程度上取决于金融状况,而金融状况又取决于监管。

监管对于处于开放条件下的金融业更加重要。在开放的环境中,宏观经济稳定与金融稳定的相互依赖性增强。同时,由于金融开放而引起的竞争加剧通常导致金融机构利润率下降,使金融业原本可以帮助消化管理或政策失误的本钱受到侵蚀。在这种情况下,金融自由化如果不伴之以有效监管更容易引起金融乃至整个经济的动荡。而有效的监管则有助于改善金融机构的治理结构,便于及早发现问题,从而赢得更多的时间采取纠正措施,减少危机发生的可能和强度。近20年来的实践表明,许多国家在从封闭到开放的转型时期,由于没有及时调整宏观经济政策尤其是货币政策,没有对其金融体制进行必要的改革、制定可靠和有效的防范规则和监

督制度,因此招致了金融困难^{[5](8~34)}。自由化虽不是造成危机的根本原因,但能够加大危机发生的可能性或强度。例如,金融机构在缺乏监管的情况下更容易非审慎行事,在市场信心丧失时资本的流出会恶化金融机构的处境,从而产生对金融稳定的负面效果。由此可见,没有充分有效的监管,容易引发金融风险和金融危机。

有效的监管能够增强开放条件下金融体系的稳定性。首先,奉行有效的监管标准和原则可以使自由化步入正轨。以巴塞尔委员会为例,该机构以监管责任划分和监管标准的充足性为主线,构筑起了一个相对严密的监管体系,为金融业特别是国际金融业的监管提供了一个比较完备的蓝本。贯彻和实施这些原则和措施有助于控制、预防和化解金融风险,如8%最低资本充足率可以帮助金融机构衡量和控制风险程度。其次,充分的准入和退出措施可以加强金融业的稳健。许可、所有权转让和破产等措施对于严把金融业准入的大门,将不合格的机构排斥在金融业之外具有重要作用。不实施这些措施,会导致出现不健全的金融机构,并引发道德风险。WTO前总干事鲁杰罗曾指出,贸易和投资一体化程度越深,就越需要加强全球市场的规则、结构和治理,加强市场与开放市场应提到同等重要的议事日程,而重点应放在健全的规制架构上^[6]。因此,金融附件中的“审慎例外”既是各国金融自由化对监管的需要,也是保障金融自由化取得成功的条件。正如穆尔针对新一轮服务贸易谈判所强调的那样:“不应忽视指导方针^①的一项重大意义,各国政府一致赞同GATS中的一些基本原则:政府为追求政策目标而对服务提供进行规制和制订新法规的权力;它们有权规定希望哪些服务对外国提供者开放,以什么条件开放;发展中国家和最不发达国家享有灵活性的压倒性原则(overarching principle)。”^[7]

二、审慎措施的标准问题

WTO没有对审慎措施进行定义,也没有列举清单,其它一些从事监管标准的研究制定工作组织如巴塞尔委员会等也没有对监管进行定义,而是推出上述领域的最好做法(the best practices),供各国采用。在各国金融体制复杂多样的条件下要对审慎监管进行定义是非常困难的。然而,综观GATS及附件有关规定,可以看出其中蕴涵审慎措施的某些标

准。

(1) 辨别监管措施的依据是其目的性。附件规定,不阻止成员国为审慎原因(for prudential reasons)而采取措施。这实际上已经揭示监管的某些内涵,即监管出于审慎之目的,包括保障金融体系的稳定和保护存款人等。这一规定表明WTO框架内辨别监管措施的主要标准是其目的性而不是其客观效果,即一项措施是不是审慎措施,主要应看其是否出自审慎监管之需要而不是看是否对GATS下的承诺和义务造成了损害,如果答案是肯定的,那么它就构成监管措施,否则,则相反。

(2) 对于某项措施是否出于审慎目的从而是否构成审慎措施通常应根据采取措施的国家的状况来认定,且采取措施的国家应当具有相当大的发言权。这是现实的需要。首先,从横向方面来说,各国金融市场结构、发展水平、传统等不尽相同,情况千差万别。对于一国来说是必需的审慎监管措施,而对于其它国家来说可能并不构成审慎措施甚至是贸易保护主义的伪装。例如,一些国家在金融业中实行分业经营,对于这些国家来说这一制度具有审慎的目的,然而采用混业经营的国家可能不这么认为。其次,从纵向方面来看,金融业在不断发展,金融创新在不断涌现,有效的审慎监管措施只能是在当时的条件下对当时的金融状况行之有效的措施,金融状况发生了变化,监管措施亦应随之改变。这说明即便是在一个国家的不同阶段也存在着监管措施的不同标准。可见,对审慎措施通常应根据不同的金融制度做出不同的解释,否则,监管就很难发挥维护金融稳定和保护存款人等作用,甚至会动摇金融自由化的基础。

(3) 对审慎措施应当有一定约束。将审慎措施纳入WTO多边纪律之中,就不可能不对各国监管权力产生一定的约束。没有约束或限定得过于宽松,就会失去纪律的意义;限定过严,又不能适应各国的不同情况。审慎措施的一定约束就是在二者之间找到一个恰当的平衡点。平衡点在哪里?从附件来看主要有两点:禁止用做逃避金融自由化承诺、义务的手段和目的的直接性。前者是附件对审慎措施所施加的一项明确限制,禁止在审慎措施不符合GATS规定时用做规避该成员在GATS下承诺和义务的手段。后者是指监管措施须直接地、主要地出于审慎之目的。因为各种事物之间都存在着联系,法律上的联系通常须是直接的联系。就各国规制金融业的法规和政策的内容来看,大多包含有审慎的

成份,如果将所有含有审慎成份的措施都作为审慎措施,审慎措施与金融法规政策几乎一致。通过规制各国法规政策来推行自由化,将是一句空话。

一方面采取措施的国家对审慎的认定具有很大发言权,另一方面又要对之进行上述约束,不可避免地会产生如何进行约束的问题。首先,任何目的总能通过一定的客观因素如各国的金融体系、传统、发展水平、采取措施时的金融态势、措施与目的对应性等来衡量。这就为对采取措施的国家进行必要的约束提供了条件。其次,WTO争端解决机制提供了具体的办法。WTO与其它国际组织的不同就在于通过争端解决机制来适用规则的^[8]。因此,其它国家提出异议从而通过争议解决程序来确定有关审慎措施是否违反了必要的约束的权利不应被剥夺。否则,如果其它国家感到审慎措施不具有审慎的目的或具有用于逃避义务之嫌,却又无法在多边法律框架里解决,那么它们特别是那些强国会自行采取措施,“没有争议解决制度,国际贸易关系会很快退化为强权政治”^{[9] [10]}。

(4) 发展中国家审慎措施标准与发达国家不同,具有更大的灵活性。众所周知,发展中国家金融发展水平低,监管体系不完善,经验缺乏,在金融自由化过程中尤其需要监管的灵活性以满足特殊需要。马来西亚政府曾强调:“关于审慎措施的国际标准,对其它国家有效的措施并不一定对马来西亚有效”^[10]。实际上,GATS第十九条已经注意到并承认发展中国家在服务贸易自由化过程中的特殊需要,规定自由化的进程要反映各国的发展水平和政策目标,明确规定应给予发展中国家适当的灵活性。所以,无论从金融业的实际情况还是从GATS的有关规定来看,发展中国家与发达国家应当具有不同的标准,对在实践中就发展中国家的审慎措施提出异议要考虑发展中国家对监管灵活性的特殊需要。

三、审慎措施与政策

审慎措施与政策的关系问题是进一步理清金融自由化与监管关系以及如何把握审慎措施标准的重要问题。在现实中,二者通常相互混合、相互包容。政策中包含有审慎措施,而审慎措施又是为了达到一定的政策目标。二者关系的微妙之处在于:一方面,GATS及附件对各国规制金融服务的政策建立了两套规则,一是国内规制,二是审慎措施。国内

规制并非由东道国任意支配,而是要受GATS第六条和金融承诺的限制,审慎措施则不受此限制。而在现实的经济生活中,政策中既有属于规制性质的,也有属于审慎措施性质的。而哪些属于国内规制,哪些属于审慎措施,在很大程度上决定着成员方追求政策目标的不同自由程度。另一方面,金融服务贸易具有无形性的特征,各国不能运用诸如关税、数量限制等边界措施,而是普遍借助于国内政策的形式对服务贸易进行规制^{[11] [24]}。金融业由于其在经济中的特殊地位一直是受国内规制最严的行业,而WTO推进服务贸易自由化的重要手段是规制各国政策。由于各国规制金融业的政策大多不同程度地包含有审慎的成份,如何分辨规制金融业的国内政策中的审慎措施与非审慎措施,决定着自由化能否得到有效推动和金融业的稳定。因此,依审慎标准分析哪些国内政策通常可能构成审慎措施,有助于在实践中对审慎措施的把握。

现有研究多将影响金融业的政策分为四类:宏观经济政策、审慎规制、追求除市场准入或国民待遇的贸易限制目标以外的公共政策目标的非审慎规制和对市场准入或国民待遇的贸易限制^{[12] [10]}。审慎规制前文已做探讨,非审慎规制不具有审慎成份,无须考察。因此本文在此主要考察宏观经济政策和对市场准入、国民待遇的贸易限制所包含的审慎措施。

在宏观经济政策中,常见的对金融自由化具有影响的措施通常有货币政策和外汇政策等。货币政策如中央银行进行公开市场业务的操作,必然影响货币供应量、利率、汇率等从而对整个金融市场产生影响。类似的例子还有对银行的准备金要求等。GATS及其附件将行使政府职权所提供的服务排除在GATS的适用范围外。上述措施无疑构成行使政府职权所提供的服务,因而可以排除GATS的限制。然而,这些措施显然也可以被认为是为确保金融体系的统一和稳定而采取的审慎措施。

GATS第十一条是关于国际支付与划拨的重要规定,该条第一款规定,除非依第十二条,一成员方不得对与其具体承诺有关的经常性交易实施国际支付与划拨的限制。该条第二款进一步规定,成员方不得对任何资本交易实施与有关资本交易的具体承诺不一致的限制,除非依第十二条或应国际货币基金组织的要求。但是,一国为维护金融稳定、防范金融危机而采取的限制短期资本流入等措施,在多数情况下系为了确保金融体系的统一和稳定,这些措施构成审慎措施,成员方可以自由采取。

对市场准入或国民待遇的贸易限制主要归 GATS 第十六条和第十七条调整。附件规定审慎措施勿需列入服务承诺表,然而在一定条件下对市场准入或国民待遇的贸易限制亦构成或转化为审慎措施。以对商业存在的市场准入的贸易限制为例,对法律实体形式的限制和对外国资本在当地金融机构参股的限制十分常见。尽管这些措施可能受发展本国金融业的政策驱动,但也可能是出于监管考虑,因为对外国金融机构的分支机构的监管需要有关外国总部的信息,这比起对在当地注册的机构的监管要困难得多,特别是当东道国的监管机制不发达时更是如此^[13]。在国民待遇方面,值得注意的是对陷入危机的金融机构进行救助问题。这种救助虽然对国民待遇具有影响,但其主要目的通常是保护存款人和恢复金融业的稳定,因而能够构成审慎措施,同时亦符合政府行使权力提供的服务。

四、“审慎例外”对我国金融业开放的启示

根据我国的入世承诺,我国金融业将大幅度地对外开放。这可能在短期内会使我国金融业面临严峻的挑战,如激烈的市场竞争会导致金融机构经营困难和加大金融市场的不稳定性等。金融业开放带来的利益是潜在的,需要努力争取才能获得,但其带来的挑战则是现实的,需要认真面对才能克服。面对严峻的局面,审慎原则是我国在金融承诺中所扼守的一道重要闸门,也是 WTO 赋予各成员方维护金融体系稳定和保护存款人的重要制度。因此,充分发挥其功能对入世后我国保险业的发展显得尤为重要。

首先,我国在金融业开放中,应加强金融监管体系建设,而毋庸担心世贸组织有关金融服务贸易的多边纪律。审慎监管是金融自由化取得成功的条件和保障,世贸组织允许各成员方在推行金融自由化的同时,采取审慎监管措施,并从法律制度上保障审慎监管措施不受 GATS 中的规则的约束。这就为我们一边实行金融开放,一边加强金融监管体系建设提供了强有力的依据和保障。我们应在思想上清楚认识二者之间的关系,放手大胆地加强金融监管。

其次,成员国基于审慎原因而采取的审慎措施不受原承诺及 GATS 义务的限制。入世后我国金融业可能会遇到一些险情。如果不能果断而有效地采

取监管措施,金融开放就难以取得积极效果,甚至会遭受危机。“审慎例外”使我国金融业在需要维护其统一稳定和保护存款人、投保人时,赋予了我国采取审慎措施的依据。因此,在需要采取这些措施时,我国应毫不犹豫地采取措施而不必担忧 GATS 的义务和已做出的承诺。

最后,虽然“审慎例外”对审慎措施的运用有限制性规定,但如前所述,辨别审慎措施的依据是其目的性,采取措施的国家处于相当有利的位置,且发展中国家与发达国家应当具有不同的标准。近一二十年许多不同类型的国家在经历放松管制和自由化的金融转型时期遭遇了金融危机。这为我国提供了重要警示。我国是发展中国家,正在由计划经济向社会主义市场经济转型,且监管体制存在缺陷。在这种情况下,入世后尤其需要借助金融政策培育市场和调控经济,需要采取灵活性的应对措施。而根据各国具体情况确定审慎措施的标准特别是发展中国家在审慎措施问题上所应具有的灵活性,便于在我国采取审慎措施时考虑我国存在的特殊情况,避免动辄触犯 GATS 规则“审慎例外”,同时也为我国发挥政策优势提供了条件和相对宽松的环境。

需要指出的是,虽然“审慎例外”能够为我国金融业提供必要的保障,但保障不是目的和长久之计,我国金融业走出困境的根本之路是提高我国金融业的水平,否则,任何保障都将失去意义。为此我国应以入世为契机,变金融业的压力为动力,深化改革,促进我国金融业的健康、快速地发展。

注释:

① 指成员国通过的新一轮服务贸易谈判的指导方针。

参考文献:

- [1] Masamichi Kono etc. Opening markets in financial service and the role of the GATS[R]. WTO Special Studies, 1997.
- [2] WTO Secretariat Trade in Services Division. An introduction to the GATS[R]. 1999.
- [3] WTO Committee on Financial Service. Report of the committee on trade in financial services to the council for trade in services[R]. 2000.
- [4] Hoj J, Kato T, Pilat D. Deregulation and privatisation in the service sector[J]. OECD Economic Studies, 1995, (25): 38-73.
- [5] Edey M, Hviding D. An assessment of financial reform in OECD countries[J]. OECD Economic Studies, 1995, (25): 8-34.
- [6] Renato Ruggiero. Director general's opening remarks at the joint

- ADB/WTO seminar on 29 April 1998[EB/OL], WTO News: 1998 News Items. <http://www.wto.org/1998-04-29/2000-02-26>.
- [7] WTO Council for Trade in Services, Guidelines and procedures for the negotiations on trade in services[EB/OL]. <http://www.wto.org/2001-03-28/2001-04-26>.
- [8] 迈克·麦克威尔. WTO 与国际经济法[N]. 法制日报, 2000-09-24(4).
- [9] David Hartridge. WTO Secretariat hits false attacks against GATS [Z]. 2000.
- [10] WTO Committee on Financial Service. Report of the meeting held on 25 May 2000[R]. 2000.
- [11] 陶凯元. 国际服务贸易法律的多边化与中国对外服务贸易法制[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 24.
- [12] WTO Secretariat Council for Trade in Services Financial Services. Background note[Z]. 1998.
- [15] WTO Secretariat Council for Trade in Services. Financial service background note[Z]. 1998.

On “prudential carve-out” in financial annex of GATS

HAN Long

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The relation between liberalization of trade in financial service and its prudential supervision is the central issue of WTO trade in financial service. “Prudential Carve-out” is the only legal base for the handling of the issue. “Prudential Carve-out” is principal, but it contains the guidelines to regulate the relation between the above two, and implies the standards for prudential measures. These also serve as the bases to delineate the relation between prudential measures and policy, and provide bases for protection and to strengthen prudential supervision in the process of opening of financial sector.

Key words: financial annex of GATS; prudential carve-out; prudential measures; liberalization of trade in financial services