

冲突与协调: 国家金融管理权的法哲学考察

李 良 才

(广东海洋大学 法学院, 广东 湛江 524025)

[摘 要] 在 WTO 成员之间, 金融属地管理权与金融属人管理权的冲突, 是国家金融主权内在的矛盾运动。在世界贸易组织多边体制下, 金融服务贸易自由化要求弱化国家金融管理权, 同时设立审慎监管例外, 为 WTO 成员方暂时背离金融服务贸易自由化多边承诺提供合法措施。在日前重构国际金融管理权理想蓝图的形势下, 我国应有条件地、有策略地让渡并协调国家金融管理权。

[关键词] 属地管辖权; 属人管辖权; 法哲学; 协调

[中图分类号] D99 [文献标识码] A [文章编号] 1673-0755(2009)02-0024-03

以美国次贷危机为导火索的金融危机正在全球蔓延。次贷危机源于金融创新过度及美国金融监管松懈。在美国单一国家的金融危机迅速蔓延至全球各个经济体并对国际金融交易秩序造成毁灭性打击的同时, 人类社会开始反思国际金融监管措施的实效。从最深层来看, 要重新设定国际金融秩序, 重新配置金融监管权力, 需要从法哲学的高度思考的问题是: WTO 预设的金融服务贸易自由化目标, 引发了 WTO 成员方在金融管理权上的竞争与冲突, 是否有协调的可能性? 法理依据是什么? 如何协调?

一 国家金融管理权的法哲学解构

(一) 属地管辖权与金融管理权

主权原本是一个国家政治学概念。卢梭在《社会契约论》一书中对主权的来源——公意——进行解说后, 写道: “主权既然不外是公意的运用, 所以就永远不能转让; 并且主权者既然不过是一个集体的生命, 所以就只能由他自己来代表自己; 权力可以转移, 但是意志却不可以转移”^{[1]31}。由此, 我们将主权的特性之一概括为“主权不可转让”。在卢梭的著作里主权是对政府与人民的关系的诠释, 是一个相对的概念。在国际法上, 主权是一个法律术语, 是对并列存在的国家人格的高度抽象。所以, 在国际法学者眼里主权对内是最高的、对外则是独立的。在一国之内, 主权所及之处, 没有较之更高的权威。主权对内、对外的两个向度中, 以对内的向度为我们考察的基础。就金融活动的管理而言, 主权不对之发生直接的调整与约束作用, 是需要借助金融管理权为中介或媒介手段的, 沿着“主权——金融管理权——金融行为”而起作用。传统国际法对主权进行二分结构的划分, 分

割为“属地管辖权”和“属人管辖权”。需要申明的是, 此处的划分是人为的, 是纯粹基于理论探索的便利。因为实质上主权是不可以分割的, 是一个统一的整体。国家对金融活动的管理, 基于属地管辖权的措施, 主要表现为市场准入制度, 比如, 对外资金融机构的进入、设立中外合资银行的地域范围、外资银行从事本币业务的地域及额度, 等等。属地管辖权的行使在不违反该管理者所属国缔结或参加的国际金融条约与公约义务的时候, 其效力是毋庸置疑的。

(二) 属人管辖权与金融管理权

在论及属人管辖权的时候, 就法哲学层面, 我们不得不思考的问题是: 主权者对位于主权者领土之内的和旅居非本国领土的“人”——包括自然人和法人——依凭何种根据确立其随人所至的管辖权力? 卢梭在论述主权利力的界限时写道: “如果国家, 或者说城邦, 只不外是一个道德人格, 其生命全在于它的成员的结合, 并且如果它最主要的关怀就是要保存它自身; 那末它就必须有一种普遍的强制性的力量, 以便按照最有利于整体的方式来推动并安排各个部分。正如自然赋予了每个人以支配自己各部分肢体的绝对权力一样, 社会公约也赋予了政治体以支配它的各个成员的绝对权力。正是这种权力, 当其受到公意指导时, 就获得了主权这个名称”。“凡是一个公民能为国家所做的任何服务, 一经主权者要求, 就应该立即去做”^{[1]37-38}。按照卢梭的理解, 国家的各个成员有服从主权者管辖的义务, 这是主权者对其公民行使属人管辖权的正当理由。在现代国际法的视野里, 属人管辖权是国家主权对人管辖权力的自然衍生。也就是说, 既然一国公民通过国籍的纽带与其母国发生政治的和法律的联系, 那么, 当位于本土之时, 母国对之行使管辖, 顺理成章。

[收稿日期] 2008-12-26

[作者简介] 李良才(1979-), 男, 湖南攸县人, 广东海洋大学国际法教研室讲师, 湖南师范大学法学院博士研究生。

即使居于海外,也不得因地理距离的阻隔,而误认为主权权力因空间范围的阻滞而失去效力。对于法人,情形与自然人类类似。当一国公司在海外设立子公司或分支机构,属人管辖权也对之当然发生控制、约束及保护作用。

具体到金融活动而言,当一国金融主体的触角衍生至海外,在境外设立金融公司之子公司或分支机构,比如,中国银行在伦敦设立分行,其权利能力与行为能力同时要受到中国金融法律的管辖,也即属人管辖。这也是为国际金融条约法规范与金融惯例所肯认的。其理由就在于此等金融主体与母国之间的“人身性质的”联系。

(三)属地管辖权与属人管辖权的冲突与协调

我们在分析金融管理权的属地性和属人性的时候,是以假定主权是可分的为前提的。事实上,对主权作属地管辖权与属人管辖权的划分,是基于逻辑的需要,并非现实存在的可量化、可切割的权力的。再者,当我们分析金融管理权的属性时,我们还隐含了一个推论:一国的属地管辖权与另一国的属人管辖权是平行的、不冲突的^[2]。这个推论是一种理想的状态。真实的情况是,当一个国家在其本土主张属地管辖的时候,其主权权力所及的管理对象同时包括了本国的金融服务提供者和外国的金融服务提供者。也就是说,一国的属地管辖权必然触碰另一国的属人管辖权,甚至有不可调和的危险。比如,对金融服务提供者的税收征纳关系的调整,就会发生属地管辖与属人管辖的激烈碰撞。外国金融服务提供者根据税收来源地原则要向东道国承担所得税的缴纳义务,与之同时,它还是其母国的纳税人,要向其母国就同一所得承担纳税义务。在两个主权者没有达成意志的妥协与安排之前,这种管辖权的冲突是不可调和的。

如何协调金融管理领域的管辖权冲突呢?这是一个现代国际法谜题。就单个国家的主权而言,它是在其领域范围之内的最高意志,是全体人民意志的联合;对外,主权则是主权者身份的表征,是此法律人格者区别于彼法律人格者的符号。由于“平等者之间无管辖”,主权者的意志都具有最高的地位。因此,作为主权者意志的外化形式,属地管辖权与属人管辖权若发生冲突,唯一可行的方案是主权者意志的相互妥协、协调一致。鉴于此,国家之间的金融协议成了最好的工具。双边的、区域性的或者全球性的金融条约在特定主权者之间将产生法律的约束力。若缺乏此等金融条约,在具体事项的管辖下不可避免地会发生抵触与冲突。

二 WTO 金融服务贸易自由化与国家金融管理权冲突的实例分析

(一)金融服务贸易自由化义务与国家金融管理权的弱化

在世界贸易组织(以下简称 WTO)管理下的《服务贸易总协定》涵盖了金融服务贸易。由于金融服务贸易的重要地位,WTO 成员方专门就此达成了《金融服务附件》。从整体上看,WTO 管理下的金融服务贸易条约规范体系设定的义务,是要求 WTO 尽快地、尽可能全面地取消金融服务提供的市场准入限制,削减或消除一切壁垒。而金融服务市场准入是国家金融管理权的传统领域,各个主权国家是不愿意轻易

放弃的。为此,《服务贸易总协定》要求 WTO 成员承担有关金融服务的承诺义务。如何履行这些义务,却是允许成员通过变通的办法实现的——那就是针对金融服务的特点,举行进一步谈判,达成针对性强、自由化水平更高的条款。在由 22 份协定构成的 WTO“条约群”中,与金融业有关的主要是《服务贸易总协定》中的有关条款及其《金融服务附件》和后 GATS 时代 WTO 在日内瓦签订的《金融服务贸易协定》,这些规则构成了 WTO 关于金融服务贸易开放的法律规范体系。《服务贸易总协定》属于整个服务贸易领域的“母法”,其中有关金融服务贸易的规定主要体现为最惠国待遇、透明度、市场准入和国民待遇等原则。它们同样在金融服务领域发挥指导作用^[3]。它们要求各缔约方应在条件待遇等方面给国外服务和服务提供者与其承诺义务计划安排表中列举的同等待遇。按照《关于金融服务承诺谅解》,每一参加方应该允许在其境内已设立机构的其他参与方的金融服务供应商,进入该国的由公共机构经营的支付和清算系统或部门,利用正常的商业途径参与官方的资金供给与再筹集。根据服务贸易总协定的要求,任何一谈判签字方都必须把影响服务贸易措施的有关法律、行政命令及其他决定、规则和习惯做法(无论是中央政府或地方政府作出的,还是由非政府的有权制定规章的机构作出的)生效之前予以公布;每一成员给予另一成员服务或服务提供者的待遇,也应立即无条件地给予其他任何成员的服务提供者。1997 年达成的《金融服务贸易协定》更加明确了以下规则——各缔约方同意对外开放银行、证券、保险和金融信息市场;准许外国金融服务提供者在境内建立金融服务公司并按竞争原则运行;外国公司享受同国内公司同等的进入市场的权力;取消跨境服务限制;准许外国资本在投资项目中比例超过百分之五十。需要明确的是,服务贸易自由化不可一步到位,需要走渐进之路。可以设想的是,随着多哈回合的结束,以及后续回合的展开,服务贸易自由化的前景是十分光明的。

倡导并推进金融服务贸易自由化,是 WTO 成员的共识,但它是与国家金融管理权相冲突的。一方面,金融服务贸易自由化要求各国弱化对金融活动的管理,尤其是对以商业存在形式提供金融服务者的市场准入监管;另一方面,东道国需要实施严格监管,以此维护金融安全,防范金融风险。在贸易自由化与金融监管权发生冲突之时,如何调适?

(二)WTO 审慎监管例外深化国家间金融管理权的冲突

在谈判 WTO 金融服务贸易自由化规则之初,规则的制定者就为金融监管预留了空间,设定了审慎监管例外,理由在于:金融服务贸易涉及一国公共利益和经济安全。为了协调国家金融监管机构的管理权利与金融服务贸易市场开放之间的紧张关系,WTO《金融服务附件》要求确立审慎监管优先的原则。也就是说,不管 GATS 总协定作了怎样的要求,也不得阻止一成员为审慎原因而采取的措施,包括为保护投资人、存款人、保单持有人或金融服务提供者对其负有信托责任的人而采取的措施,或为保证金融体系完整和稳定而采取的措施。这些措施是维护一国公共利益和金融安全,避免金融风险所必需的。金融服务自由化不得以牺牲国内

金融稳定和安全为代价。但是,审慎监管不得被滥用为规避条约义务的借口。换言之,如此类措施不符合总协定的要求,则不得用作逃避该成员在该协定项下的承诺或义务的手段。这样的规定无疑约束了各成员采取审慎监管措施的任意性。另外在尊重国内管理权利的同时也注意保护个人隐私和商业秘密以及国家秘密。也就是说,服务贸易总协定的任何规定不得解释为要求一成员披露有关个人客户的事务和账户的信息,或公共实体拥有的任何机密或专有信息。在私人权利和公共监管职能的合理行使之间构架了一条平衡的桥梁。

(三) 审慎措施的互认——WTO对金融管理权的协调

尽管WTO在追求金融服务贸易自由化目标的同时,为国家金融监管权的实施预留了余地,但是,这一弹性的制度空间引发的严重问题是:WTO各个成员都可以基于审慎监管例外,采取自己理解为合适的金融管理措施,比如,市场准入标准殊异,由此导致国家间金融管理权的碰撞与冲突。如何协调?

一国根据实际情况的需要而采取审慎的管理措施,属于一国金融管理权利范围内的事项。如何实施其措施,本是不受《服务贸易总协定》及其《金融服务附件》约束的。但是,考虑到国际合作的因素,该成员可以承认其他成员采取的审慎措施。不过,需要明确的是,这种承认属于自愿性质的,而不是有学者所理解的“应当”承认他国的审慎措施^[4]。所以,《金融服务附件》第3(a)条写道:“一成员在决定其有关金融服务的措施应如何实施时,可以(条约原文使用的是‘may’)承认任何其他国家的审慎措施。此类承认可以依据与有关国家的协定或安排,通过协调或其他方式实现,也可自动给予”。这样的规定无疑是考虑到巴塞洛诸原则在这个方面发挥着“习惯法”的作用。这些协定或安排参加方的某一成员,无论该协定或安排是将来的还是现有的,如在该协定或安排的参加方之间存在此类法规的相同法规、监督和实施,且如适当,还存在关于信息共享的程序,则应向其他利害关系成员提供谈判加入该协定或安排的充分机会,或谈判达成类似的协定或安排。如一成员自动给予承认,则应为任何其他成员提供证明此类情况存在的充分机会。如一成员正在考虑对任何其他国家的审慎措施予以承认,则不得适用第7条第4款(b)项(GATS关于承认审慎措施的通报义务的规定)。《附件》第3条规定了成员方之间的审慎措施的承认问题,这里的规则似乎比GATS第7条稍稍前进了一步,尤其在双边或多边基础上使用协调方式。在协调方面,欧共体的经验是值得推广的,尤其在1989年欧共体颁布的《第二银行指令》,将各成员国银行立法和行政规章中对别的成员国在其境内设立分支机构和经营活动和各种限制和障碍,通过“相互承认”和“协调各成员国对银行业的审慎监管标准”,实行母国控制原则(即在欧共体范围内通告单一银行执照,一切由母国负责)^[5]。这样虽未在共同体范围内完全统一金融服务的法律规则,却清除了服务自由化的最后障碍,使真正的不受限制的国民待遇成为现实。

三 我国对待国家金融管理权的价值取向

(一) 有条件地让渡国家金融管理权

金融管理权是主权者意志在金融领域的自然延伸,是主权权力效力运行的自在空间。那么金融管理权是否可以脱离孕育其效力的主权者而让渡给其他主权者或主权者之集体,统一加以行使呢?

金融管理权可以是货币管理权、金融监管权,等等。我们认为,金融管理权是可以让渡的。因为代表公意的主权意志可以转换其表达形式。基于意志表达方式的可转化性,金融管理权的可让渡性也就不难证立了。事实上,截至目前国际社会已经有了让渡金融管理权的若干先例。比如,国际货币基金组织通过国际货币公约的形式从组织成员手中受让了货币政策的制定权。尽管IMF获得的金融管理权并非彻底的、全面的权力,但是它的成功运作至少表明了主权者意志是可以转化表达形式而让渡的。欧元区的建立同样验证了一个命题:金融管理权——甚至关系一国金融安全的货币发行权——都是可以经主权意志的协调一致而向主权者之集体让渡的^[6]。

不过,需要强调的是,这里说“金融管理权可让渡”,并非是指金融管理权一定要经让渡才可产生其实效;再者,金融管理权的让渡是有期限的、附条件的让渡,这种让渡是暂时的,并非永久的、不可回复的让渡。因为一个国际金融组织的成员国可以选择退出该组织而收回其金融管理权。

(二) 有策略地协调国家金融管理权

“协”字根据其在汉语词典里的解释,有“和谐、融洽”、“共同、合作”的意思,而“调”则有“调整、调和”的含义,“协调”这个汉语合成词,是指各方协同合作,追求利益的最大化及各方利益的平衡配置。在民族国家林立的国家间社会倡导主权的协调有“弱肉强食”的危险。但是我们主张的不是主权的协调,而是主权运作方式、主权者意志表达方式的转换,也即由单独表达主权意志转化为由主权者集体表达。国际社会在货币政策制定、货币发行权的行使、金融服务提供者的监管等领域,已经树立了协调主权意志的范例。

笔者认为,主权者一秉诚意地协商、谈判,达成合作管理的国际条约或公约,协调彼此对金融活动的管理方式、管理权限、互通情报,等等,完全可以实现管理资源的优化组合,在无损国家主权的条件下完成对金融风险的防范与消除。金融全球化的国际背景不仅使金融安全成为法律的基本尺度,而且改变了金融安全的含义,突出了金融安全中制度因素和心理因素的双重作用,它使“国际合作以求发展”的法律基本原则改变为“国际合作以谋金融安全”这一全新的命题^[7];可见,一方面,金融管理合作是大势所趋,已经成为国际共识。另一方面,金融管理的国际合作必然要求主权者意志的协调,而且在金融全球化的条件下主权者意志的协调是客观可行的。

[参考文献]

- [1] [法]卢梭.社会契约论[M].商务印书馆,2003.
- [2] 乔新生.美国金融危机的中国视角[J].中国特色社会主义研究,2008(05).

(下转第39页)

四 小结

本文对高校绩效预算指标体系作了一个简要设计, 其创新之处在于将所有指标归集在学校人才培养、科学研究和社会服务三大职能下, 而没有分部门和项目来设计指标。对于评价指标实际值的获取, 对评价指标依据不同对象的筛选、赋权、评价标准的确定可以采用专家咨询与问卷调查相结合的方法。详细具体的研究留待另文研究。

[参考文献]

[1] Massin illiane Brattj Abigail Meknight Robin Naylor& Jeremy Smith Higher education outcomes, graduate employment and university performance indicators [M]. JR Statist SOC A, 2004: 475- 496

[2] David Draper & Mark Gittes Statistical analysis of performance indicators in UK higher education [M]. JR Statist SOC A, 2004: 449- 474

[3] 左 晴. 谈高校预算管理 [J]. 辽宁教育研究, 2000 (1).

[4] 田靖鹏; 浅议高校财务管理体制创新—基于建立校、院(系)两级预算体系角度的研究 [J]. 教育财会研究, 2006(2): 30- 33

[5] 王明秀, 孙海波. 高等学校预算绩效评价及对策与措施研究 [J]. 科技与管理, 2005(4): 154- 156

[6] 张泽明, 王丽萍, 等. 高校绩效预算管理新模式研究 [J]. 西南科技大学学报, 2004(9).

[7] 陆 媛. 高校预算绩效评价管理研究及绩效指标体系设计 [J]. 技术经济与管理研究, 2006(1): 60- 61.

[8] 黄 暲, 马 鑫. 关于构建我国高校绩效预算管理体系的思考 [J]. 科技信息, 2007(1): 3- 4.

[9] 张克友. 高校预算绩效评价指标的应用分析 [J]. 企业经济, 2007(10): 178- 180

Brief Discussion on Evaluation Index System of Budget Efficiency of Higher Education

KAN Wei- ping LI Jian

(University of South China, Hengyang 421001, China)

Abstract Evaluation index system of budget efficiency of higher education is the comprehensive reflection of efficiency aim, which evaluates the implementation achievement or effect of the aim. It has economic, efficient and effective factors. The paper constructs the system through analyzing the input, process and output of three functions according to the purpose of talent training, scientific research and social service of higher education.

Key words higher education; budget; efficiency evaluation; index system

(上接第 26 页)

[3] 刘 轶. WTO 金融服务法中的承认制度及其实践 [J]. 国际经贸探索, 2008(3).

[4] 王贵国. 世界贸易组织法 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 189.

[5] 徐卫中. 加入 WTO 后我国金融监管的创新 [J]. 财经

科学, 2002(6).

[6] 王凤丽, 邱立成. 外资银行进入对影响我国金融安全的传导机制分析 [J]. 对外经贸实务, 2008(9).

[7] 杨 松. 国际法与国际货币新秩序研究 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2002: 3.

Conflict and Coordination the Jurisprudence of National Financial Supervision Right

LI L iang- cai

(Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract The conflict of territorial jurisdiction and personal jurisdiction in financial field among WTO members is the inherent contradictions of financial sovereignty. Under WTO multilateral trading system, the liberalization of financial service sector asks for the weakening of national financial control. And simultaneously, it sets up an exception to prudential regulation which allows its members to deviate from their obligation of liberalization temporarily. At present while re-establishing international financial regulation framework, we shall transfer and coordinate our power to financial regulation conditionally and flexibly.

Key words Territorial Jurisdiction; Personal Jurisdiction; Legal Philosophy; Coordination