

论软法在全球金融治理中的地位和作用

廖凡

(中国社会科学院 国际法研究所 北京 100720)

摘要:国际金融软法是用以规范国际金融关系、虽不具有法律约束力但在实践中具有某种实际效果的规范性文件的总称,突出表现为国际金融标准制定机构制定和发布的各类国际金融标准。既有条约规则作用有限、金融监管实践复杂多变、关涉敏感主权问题、缺乏争端解决机制,是软法在全球金融治理中扮演重要角色的原因。软法在全球金融治理中的价值,既体现为“中转”价值,即作为向“硬法”演进或转化过程中的过渡阶段;更体现为独立价值,即凭借自身特点和优势长期稳定存在并独立发挥作用。在相当程度上,软法在当前全球金融治理中发挥着比硬法更为重要的作用,使得全球金融治理呈现“软法之治”的面貌。

关键词:软法;全球金融治理;国际金融软法;国际金融监管;硬法

中图分类号:D990 **文献标识码:**A **文章编号:**0438-0460(2016)02-0021-10

一、问题的提出

全球金融危机暴露出国际货币金融体制的深层缺陷,也使得全球金融治理成为国内外学者关注和讨论的焦点。尽管对于“全球金融治理”的确切内涵尚无普遍接受的严格定义,但总体而言都将之理解为全球治理理论在国际金融领域的体现和运用。^[1]“全球治理”这一概念自20世纪90年代以来被国际政治和国际关系领域的学者广泛使用,成为理解当代问题的一个重要视角。^[2]根据目前国内较为权威的定义,全球治理大体是指国际社会行为主体为维持国际政治经济秩序和国际社会可持续发展,通过正式和非正式的国际规制来解决全球性问题的国际协调和合作机制,主要包含五个要素,即全球治理的价值、全球治理的国际规制、全球治理的主体或基本单元、全球治理的客体或对象,以及全球治理的效果。^[3]循着这一逻辑,国内有学者将全球金融治理定义为“在国际金融体系中,通过多元行为体平等对话、协商合作,共同应对全球金融变革和世界经济问题挑战的一种规则机制、方法和活动”,其“核心要素包括主体、客体、价值和效果”。^①这一定义大体能够传达全球金融治理的基本内涵。

收稿日期:2016-01-28

基金项目:国家社科基金项目“国际关系与国际法跨学科研究”(15BFX183)

作者简介:廖凡,男,四川资中人,中国社会科学院国际法研究所研究员,法学博士。

① 根据该论者的概括,全球金融治理的主体包括联合国及其专门机构、世界贸易组织、各国政府、非政府组织和区域性金融组织等。全球金融治理的客体涉及国际储备货币体系改革、全球金融监管体系改革、国际货币基金组织改革、二十国集团改革等。全球金融治理具有自身的规范基础和价值趋向,强调坚持一种公平的正义观,从民主角度对全球金融治理及其结构安排进行规范性审视。全球金融治理的效果涉及对全球金融治理绩效的评估,集中体现为相关国际金融规制的有效性问题。参见王浩《中国参与全球金融治理的文献研究》,《金融纵横》2013年第7期。

软法的勃兴与全球治理的兴起这一大背景密不可分。正是因为在全球治理中缺少主权国家中那种命令-控制式的结构,才为软法这种非传统工具的运用开辟了广阔天地。^[4]“软法”这一概念本身也是起源于国际公法领域,其后为欧盟法乃至国内法学者所借鉴和发展,广泛应用于公共治理领域。关于软法的确切内涵和外延尚无定论,较为流行的是欧盟法专家弗朗西斯·斯奈德的定义,即软法是指“原则上没有法律约束力但却可能具有实际效力的行为规则”。^[5]国际法学界对软法概念的理解大体遵循这一思路。例如,马尔奇·霍夫曼认为,软法是指“不具有任何约束力或者约束力比传统的法律即所谓硬法要弱的准法律性文件”;^[6]王铁崖认为,国际法中的软法“是指在严格意义上不具有法律约束力,但又具有一定法律效果的国际文件。国际组织和国际会议的决议、决定、宣言、建议和标准等绝大多数都属于这一范畴”。^[7]

国际软法在国际经济法领域表现尤为突出。国际经济软法大致分为三类:一是政府间国际组织制定或发布的决议、宣言等不具有法律约束力的文件,如联合国大会通过的关于建立国际经济新秩序的系列宣言、世界银行制定的《外商直接投资待遇指南》,欧盟各机构发布的各类建议和意见;二是国际行业组织制定的行业准则,如国际会计准则理事会制定的《国际会计准则》;三是国际监管机构制定的监管规则,典型如巴塞尔委员会制定的以巴塞尔协议为代表的巴塞尔文件体系。^[8]而在国际经济软法中,国际金融软法在全球金融治理中扮演着举足轻重的角色。循着上文逻辑,可以将国际金融软法定义为用以规范国际金融关系,虽不具有法律约束力但在实践中具有某种实际效果的规范性文件的总称。^[9]尽管其他软法在全球金融治理中也可能发挥作用,但限于篇幅,本文主要探讨国际金融软法在全球金融治理中的地位和作用。

本文试图解释,相较于其他相关领域,软法在国际金融领域的角色何以尤为凸显。换言之,国际金融法的“软法”特征何以尤为显著?在此基础上,本文试图论证,在全球金融治理中,软法的价值不仅在于作为制定“硬法”的前奏或者硬法形成过程中的过渡阶段,还有其自身独立的存在价值。进而言之,本文试图说明,软法在全球金融治理中甚至可能发挥着比硬法更为重要的实质作用,以致全球金融治理在相当程度上呈现“软法之治”的面貌。

二、全球金融治理对软法的客观需求

迄今为止,《国际法院规约》第38条第1款是关于国际法渊源的公认最权威的阐述:“法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(1)不论普通或特别国际协议,确立诉讼当事国明白承认之规则者;(2)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者;(3)一般法律原则为文明各国所承认者;(4)在第59条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。”据此,国际条约和国际习惯(习惯国际法)是国际法的主要渊源,构成国际“硬法”的基本来源。

由于缺乏超国家的中央立法和执法机构,主要依赖国家之间的合意来制定和实施,因此国际法在“硬度”——强制性、制裁性和约束力上总体而言逊色于国内法。换言之,硬法与软法的实质区别,在国际法领域可能不像在国内法领域那么判然分明。这或许也正是“软法”概念首先诞生于国际公法领域的原因所在。尽管如此,关于条约和习惯的认定标准,国际法上已有一套成熟的理论和实践,例如条约的缔结和生效必须具备严格的程序性要件、习惯的成立必须满足“国家实践+法律确信”的主客观统一要求等。以此观之,目前在全球金融治理中实际发挥作用的大量国际规则,均不属严格意义上的国际法或者说国际硬法。

目前全球金融治理领域的专门性多边条约主要有两个:一是《国际货币基金协定》(以下简称《基金协定》),二是《服务贸易总协定》及其关于金融服务的附件和议定书。但二者在全球金融治

理中的作用均较为有限。《基金协定》是国际货币法的基本渊源,主要规定货币和汇率事项;相应的,国际货币基金组织(以下简称“基金组织”)的法定职能是监督成员国的货币和汇率政策,以及与此相关的危机管理和救助,而非国际金融监管标准的制定和实施。尽管自1997年亚洲金融危机以来,特别是2008年全球金融危机以来,基金组织和世界银行越来越多地参与国际金融监管标准的实施(对监管活动进行监督)^①,但这种参与主要不是基于条约。而《服务贸易总协定》及其关于金融服务的附件和议定书虽然规定了成员国在金融领域的相关义务,但其本质上是关于市场开放而不是金融监管。与其他贸易或投资协定一样,《服务贸易总协定》关注的是成员国对外国投资的待遇,而不是对那些确定监管权限边界的具体监管活动进行协调。可资为证者,《金融服务附件》第2(a)条明确规定,《服务贸易总协定》的任何其他规定均不妨碍成员国基于审慎理由(prudential reasons)而采取相关措施,包括为保护投资者、存款人、保单持有人或金融服务提供者对之负有信托义务的人员或者为确保金融体系的完整和稳定而采取的措施。此即所谓“审慎例外”,其使得成员国在监管本国金融市场方面仍然保持高度自主权和灵活性,而不受太多来自国际层面的限制。

事实上,当前全球金融治理领域的大部分规则均来自非正式的政府间机构,其为全球监管共同体设定议程和标准。^[10]不同于传统意义上的政府间国际组织,这些机构没有相应的国际条约作为成立依据和组织法,而是通常基于协商一致或者不具约束力的章程而运作。参与主体主要不是国家领导人,而是中央银行、监管机构和财政部门,主要职责是制定和协调相应领域的金融监管标准,供成员国监管机构采纳和遵循,故此通称国际金融标准制定机构(standard-setting bodies)。这些标准制定机构大致包括三类:一是二十国集团及其领导下的金融稳定理事会,前者负责确定国际标准制定的总体议程,后者负责监督和防范系统性风险;二是巴塞尔委员会、国际证监会组织和国际保险监督官协会这三个国际金融监管机构,负责制定银行、证券和保险监管领域的国际标准;三是针对具体金融领域、职责更为有限的其他标准制定机构,如会计领域的国际会计准则理事会、支付结算领域的支付结算体系委员会、反洗钱领域的金融特别行动工作组等。这些机构制定和实施的形形色色的标准、原则、守则、指南等软法性文件,构成全球金融治理的主要规范。

软法在国际金融领域的角色何以尤为凸显,可以有多种解释。在笔者看来,除上文已经提及的现有条约规则的局限性之外,至少还可从以下三个方面加以说明。

首先,金融领域规则纷繁复杂,专业性和技术性极强,且发展变化迅速,传统国际法渊源难以适应现实发展的需要。谈判和缔结一项条约,无论是多边条约、区域性条约还是双边条约,均须耗费大量的时间和精力,且有不能获得国内立法机关批准之风险。而各国缔约资源有限,必须考虑机会成本,故此繁复琐屑而又日新月异的金融领域规则,往往难以成为缔约的优先选项。^②进而言之,相较于条约规则占据主导地位的领域如国际贸易,金融领域的规制殊为不易,因为金融市场基于交

^① 例如,基金组织和世界银行通过“金融部门评估计划”(Financial Sector Assessment Program, FSAP)和《关于遵守标准和守则的报告》(Report on Observance of Standards and Codes, ROSC),对有关国家遵守和实施国际金融标准的情况进行总体评估。此外,二者还在特定领域参与国际标准的制定:基金组织主要是在货币和金融政策透明度、财政透明度和数据公布标准方面,世界银行则主要是在破产及债权人权利方面。但由于目前的国际金融体制本质上是基于政府间的“水平”(horizontal)合作和交流,因此基金组织并不居于中心,这一点与基金组织此前在布雷顿森林体系中的地位有着显著区别。参见廖凡:《国际金融监管的新发展:以G20和FSB为视角》,《武大国际法评论》第15卷第1期。

^② 即便是在高度一体化的欧盟,缔结全面金融监管条约的想法也在20世纪80年代就已放弃。欧盟关于监管一致性的初期实验证明,以硬法条约为基础达到金融监管的完全一致性显然是不可能的。取而代之的替代方法是只设定最低标准,而如何具体采纳该最低标准以及是否实施更高的标准则留待成员国自由裁量。参见道格拉斯·沃纳、迈克尔·泰勒:《全球金融危机和金融稳定委员会:硬化国际金融软法》,管斌、杨阳译,《金融服务法评论》第5卷。

易策略或者市场主体技术能力的创新而在不断演进,且市场赖以运行的宏观经济和监管环境也在不断发生变化,其结果是对金融市场的审慎监管需要不断地进行调整。这样一个反复议价的领域需要监管作出迅速回应,而软法性规则 and 标准因其无需面对条约批准方面的政治程序障碍,正堪此任。^[11]

其次,鉴于国际金融事项的敏感性,主权国家往往不愿就此承担有约束力的法律义务,导致相关硬法规则难以形成或者在形成后难以及时变革。基金组织投票权与治理结构改革就是一个很好的例子。在全球金融危机后的反思中,基金组织于2010年12月正式通过了投票权与治理结构改革方案。概而言之,在份额和投票权方面,改革方案将基金组织的份额翻倍(从2384亿特别提款权增加到4768亿特别提款权),同时将6%以上的份额从发达国家转移到发展中国家。在治理结构方面,将代表欧洲发达国家的执行董事减少2名,改由发展中国家选举产生,并终止由份额排名前5位的成员国单独指定执行董事的制度,全部执行董事均通过选举产生。这一改革具有重要意义:份额调整和转移使得新兴市场和发展中国家在基金组织中的份额和发言权显著提高,而执行董事人选来源的调整和全部由选举产生的新方式也有助于提高执行董事会的民主性和代表性。^[12]因涉及对《基金协定》本身的修改,根据《基金协定》第28条第1款,改革方案在理事会表决通过后,还需经持有85%以上投票权的3/5以上的成员国以书面方式表示接受方可生效。由于美国一国即持有基金组织超过17%的投票权,因此无论已有多少数量的其他成员国接受,均须待美国接受后方可生效。而美国国会迟迟未能批准接受该方案,导致改革长期搁浅。直至2015年12月,美国国会才最终批准接受改革方案,此时距该方案表决通过已整整5年。国际金融领域变革既有硬法规则之艰难,于此可见一斑。

最后,由于国际金融领域缺乏有效的争端解决机制和问题处理机制,使得硬法规则的优势难以得到充分的体现。硬法相较于软法的一大特点和优势,就在于其包含了确定的权利和义务,以及违反相关义务所要承担的确定的法律后果,从而具有更高的可预期性。而有效的争端解决机制,无疑是界清权利义务、判明法律后果、支撑可预期性的重要环节。世贸组织多边贸易规则之所以能够得到成功推行,其独立成熟、乃至带有一定“准司法”色彩的争端解决机制居功至伟。在国际投资领域,国际商事仲裁和解决国家与他国国民间投资争端中心也在多边投资规则的塑造和实施过程中发挥了重要作用。进而言之,双边和区域性贸易和投资协定也均将争端解决作为重要的内容加以规定。

反观国际金融领域,恰恰缺乏这样的争端解决机制。以《基金协定》为例,其第4条第1款明确禁止成员国操纵汇率,而成员国之间的汇率争端也每每围绕着这一禁令展开。但对于汇率操纵的问题,基金组织既缺乏足够明确的判断标准,也没有强有力的裁处和执行机制。基金组织在处理汇率问题时,主要是依靠同成员国之间的相互磋商。《基金协定》第4条第3款规定,基金组织应当对成员国履行第4条第1款规定义务的具体情况进行严密监督,并可要求后者就汇率政策问题与其进行磋商。但此种磋商及其结果并无强制约束力,基金组织在磋商过程中所提的建议也不构成成员国必须遵守的法律义务。《基金协定》第12条第8款提供了向成员国施加压力的另一种可能途径。根据该条款,基金组织可以将其意见和建议非正式地传达给各成员国;如果获得全体成员国70%以上投票权同意,还可以公开发布其磋商报告。但这种做法仍然只是诉诸舆论监督和政治压力,对相关成员国的行为而言并无强制约束力。《基金协定》第26条第2款规定,若成员国不履行《基金协定》项下任何一项义务,基金组织可以宣告其丧失使用普通资金的资格;若经过一段合理期限后该成员国仍不履行相关义务,则经理事会85%总投票权表决,可强制要求其退出基金组

织。^① 尽管有此规定,但实践中基金组织对于成员国不履行义务的行为一向倚重补救而不是制裁,^[13]自成立以来从未认定过成员国操纵汇率并给予制裁。这种“柔性”特色,使得国际金融领域相关治理规则的“硬”“软”之分相对模糊,硬法规则相较于软法规则的价值和优势难以得到充分体现,客观上给了软法更大的施展空间。

三、软法在全球金融治理中的双重价值

大体可以从两种意义上来理解国际金融软法在全球金融治理中的价值:一是作为制定或形成硬法的前奏,或者说通往硬法途中的中转站,亦即扮演一种依附于硬法的临时性、过渡性、补充性的角色;二是凭借自身的特点和优势,在可预期的时间内长期稳定存在和发展,独立发挥作用,与国际金融硬法相辅相成乃至分庭抗礼。

(一) 软法的“中转”价值

国际法学者韦斯认为,随着时间的推移,软法大致会向以下四个方向发展:一是被吸收进条约规定之中,二是作为国内法被通过,三是成为后续合作的框架和制定更具体规则的过程,四是成为习惯法。^[14]这就是一种典型的过渡视角。基于此,软法的发展方向主要有两个:一是演进为条约或习惯,二是转化为国内法的一部分。

软法演进为国际条约的典型例子是《世界人权宣言》。1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》本身是不具法律约束力的软法性文件,但却为人权领域硬法条约的形成奠定了基础。1966年《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会及文化权利国际公约》这两个国际人权法领域最重要的基础性条约,均是由《世界人权宣言》演进而来。

巴塞尔协议则代表着软法向国内法转化这一发展方向,也是国际金融软法转化为国内立法的一个成功范例。巴塞尔委员会本身是由部分国家中央银行和银行业监管部门组成的国际银行业标准制定机构,并非严格意义上的政府间国际组织,其所制定发布的巴塞尔协议等一系列文件也并非国际条约,仅仅具有指引和参考价值,并无法律的约束力。但从巴塞尔协议 I 到巴塞尔协议 III,这些文件实际上成为当前国际银行业监管的通行准则,其协议内容被包括中国在内的众多国家不同形式、不同程度地转化为国内立法,为各国银行业监管者所奉行。有论者甚至认为,鉴于巴塞尔委员会制定的银行业监管标准的广泛适用和普遍实践,巴塞尔文件体系已然成为国际金融方面的习惯法。^[15]无论这一判断是否成立^②,巴塞尔协议代表着国际金融软法在“中转”方面的巨大成功,当属毋庸置疑。

软法尽管是非正式的,但仍能在不同程度上表达当事方所作出的“承诺”。即便是那些相对宽泛的承诺,例如在国际论坛上发表的言论,也可能成为通往更为详细具体的制度或表述的中间站。在此意义上,软法可以发挥“消极条款”(negative covenants)的作用,即当事方尽管对于未来如何行动拥有广泛的自由裁量权,但至少被期待不从事与这些承诺所表述的价值或规范背道而驰或自相矛盾的行为。^[16]这是软法“中转”价值的基础之所在。

从“中转”价值着眼,势必关注国际金融软法的“硬化”问题。有学者将软法的硬化区分为法律

^① 根据《基金协定》第26条第2款,对于未能履行《基金协定》义务的成员国,基金组织可以宣布其丧失使用基金组织普通资金的资格;如该成员国在其后的合理期间内未能改正,基金组织经70%以上投票权通过,可以中止该成员国的投票权;如该成员国在中止投票权后的合理期间内仍未能改正,则基金组织经85%以上投票权通过,可以要求该成员国退出。

^② 相关的反对观点,可参见张庆麟、刘天姿《论全球金融治理中的软法》,《国际经济法学刊》第15卷第1期。

上的硬化和事实上的硬化:法律上的硬化是指转化成具有法律约束力的硬法文件,一是在国内司法程序中认可其法律约束力,二是被吸纳进国际条约,三是被吸纳进国内法;事实上的硬化则主要是指通过事实上的影响力特别是某种激励或惩罚机制来确保国际社会对软法的遵守。^[17]在这里,事实上的硬化实际上关涉软法独立价值的实现,对此下文将进一步分析。法律上的硬化则关涉软法“中转”价值的实现方式和途径,即其如何向硬法演进和转化。其中,纳入国际条约和转化为国内立法两种方式,上文已有述及,而在司法程序中认可特定软法规则的法律约束力这种方式,则突出体现在欧盟的司法实践中。

软法规范在欧盟实践中大量运用,并对国际软法的形成产生了重要的示范效应。在金融领域,欧盟也形成了大量的软法规范,包括建议、指南、行动守则、机构间协议等多种形式。这些软法规则的实际约束力体现在欧洲法院的判例之中。例如,根据《欧共体条约》第189条,欧共体的建议(recommendation)不具法律约束力;但在1991年的“格里马迪案”中,欧洲法院指出,成员国在裁断争议时有义务将之纳入考虑范围,尤其是当这些建议对于解释为实施建议而制定的国内措施具有启发意义或者旨在补充具有法律约束力的欧共体法律规定时。^[18]又如,尽管欧洲法院在多数案件中均认定机构间协议系自愿协商的一种表现形式,不具法律约束力,但在1996年“欧洲委员会诉欧洲理事会案”中,欧洲法院以欧洲理事会的决定违反了其与欧洲委员会签订的一项机构间协议为由撤销了该决定。^[19]

(二) 软法的独立价值

软法在全球金融治理中的意义和作用并非仅限于作为硬法的前奏或中转,而是有其自身独立的存在价值。正如斯奈德所指出的,决定采用软法而非硬法,可能是因为实际上无法采用硬法(例如条约禁止在某个领域制定硬法),在此情况下软法就不会转变为硬法;也可能是基于软法自身的优点,在此情况下软法也许最终会被硬法取代,但却并非必然结果。^[20]

德国前驻爱尔兰大使哈特穆特·希尔根贝格总结了回避条约而选择软法的十点原因。尽管其使用的是自创的“非条约协议”(non-treaty agreement)一词,但所要传达的含义与软法无异。这些原因包括:(1)需要相互建立信任;(2)需要推动情形有所进展;(3)创造一个初步的弹性体制;(4)为协调各国立法提供动力;(5)担心“硬法”条约给国际关系造成过重负担,一旦缔约失败导致关系恶化;(6)软法所需程序更为简易,从而制定更为快捷(例如经由协商一致而不是条约会议);(7)避免修订条约所需的复杂低效的国内批准程序;(8)更为机密;(9)在国际法上无权缔结条约的主体可以借此达成协议,例如关于北爱尔兰前途的1998年多方协议;(10)当事方可以借此与其不愿正式承认的其他当事方达成协议。^[21]另有论者概括了软法文件在国际治理中的六大优势:(1)更易于谈判,谈判成本更低;(2)在敏感领域给各国施加的“主权成本”(即对一国主权造成的限制和影响)更低;(3)给各国提供更大的灵活性来应对不确定性和逐渐学习;(4)使各国因不必担心强制实施问题而能更具雄心,进行更深入的合作;(5)更能适应多样性;(6)能够直接为非国家主体所用,包括国际秘书处、国家行政部门、次国家公职人员(sub-state public officials)、行业协会和非政府组织等。^[22]

由上可见,相较于硬法规则,软法规则制定更为快捷、成本(包括谈判成本和主权成本)更为低廉、修订更为简易,对各国颇具吸引力。实践中,一些即使愿意承担条约义务的国家,也往往赞同或不排斥这项义务以不具法律约束力的形式通过。不仅如此,软法更加推崇柔性治理,机制更为灵活,内容更具弹性,在某种意义上更加适应当下千头万绪变动不居的全球社会。惟其如此,当某一事件需要国际社会作出快速反应、当对潜在问题有较大不确定性、当谈判各方对某些事项存在深刻分歧时,甚至在谈判方不具有缔约资格时,软法均可以作为一种技术手段,为国际规范的制定提供回旋余地。^[23]软法的这些特点和优势,使其在全球治理中有了不依附和依赖于硬法的独立的存

在价值。诚如有论者所总结的,软法具备硬法的许多优点,避免了硬法的一些成本,并拥有某些自身独特的优势。^[24]

值得一提的是,当事方所选择的软法的具体形式,反映了其试图解决的特定问题。尽管对软法的分析通常侧重于其相对于硬法而言的“软性”,但正如硬法规则本身的形式、特点和效力不尽相同一样,在不同情形下,也会有不同形式的“软性”更可接受或更能奏效。许多因素——交易成本、不确定性、对国家主权的影响、偏好的分歧、权力的差异等——影响着在具体情形中采取何种软法形式,以及如何对义务负担程度、规则精确程度和权力让渡程度进行适当组合。^[25]这也正是为什么实践中软法的名目和形式不一而足,既有以宣示性条款为主、侧重原则指导的软法,如联合国大会通过的很多宣言和决议,也有规定具体明确、可操作性很强的软法,如巴塞尔协议。

尽管国际金融法中大量存在的是软法规则,但很多规则足够具体明确,能够表明当事方意欲采取的具体行动,从而起到“积极条款”(affirmative covenants)或者监管契约的作用,约束当事方自行其是的自利行为。这些规则可以通过双边乃至多边谅解备忘录、行动守则、最佳做法等形式付诸实施,还可在协议中列出确切的承诺,以及关于如何实施所达成的标准和原则的解释方法或支持文件。尽管这些软法协议不具法律约束力,但这无损于其往往是郑重订立的这一事实。^①同样的,这也无损于相关承诺的严肃性。国际金融协议对于当事方往往具有非常重要的影响,这使其本质上就具有重要性。例如,为调查一项金融违法行为,一国监管机构可能需要依赖另一国监管机构来接触和获取在对方境内的证人或证据,如果后者不兑现其提供协助的承诺,前者就只能承担由此而来的成本。因此,不遵守重要国际标准的行为如果被发现,将导致其他当事方重新思考或评估其对于该监管机构未来行为的预期,并削弱其与该监管机构未来进行合作的意愿。^[26]如此一来,不守信的监管机构就会损及自身今后获得类似协助的能力,进而削弱其在国内的权威。这种声誉成本(reputational cost)促使监管机构在接到请求后通常都会根据既有协议尽力满足对方的期望,而这些软法协议也往往作为提出请求和进行跨境合作谈判的依据。

四、全球金融治理:软法之治

如果说二战结束后布雷顿森林体系的建立标志着国际金融体系进入全球治理时代,^[27]那么自20世纪70年代布雷顿森林体系解体后,国际社会始终缺乏一套有效的硬法规则来塑造一个足以取而代之的体系。前文已述及,《基金协定》和《服务贸易总协定》在全球金融治理中的作用有限,实践中发挥主导作用的是以巴塞尔委员会为代表的国际金融标准制定机构所制定和发布的各类软法规则。这些软法规则适应了全球金融治理的现实需求,也有其毋庸置疑的存在价值和独特优势。尽管如此,相较于硬法规则如条约,国际金融软法存在两个亟待克服的固有问题,即有效性和正当性问题。

所谓有效性问题,是指国际金融软法缺乏有效的监督执行机制。国际硬法,如世贸组织框架下的多边和复边协定,使成员国能够监督贸易伙伴及其他成员国遵守条约义务,从而可以充分利用成员国的能力和动力来执行其决定,使其决定及其背后的条约义务直接适用于成员国。而国际金融领域则缺乏这样的设计,对遵守国际金融标准的监督往往并不得力。尽管基金组织和世界银行被委以监督成员国遵守国际监管标准的主要职责,但实践中只有从这两个机构处接受贷款的国家才

^① 由于国际金融协议通常是在各国监管机构和财政部门之间达成,因此往往必然是非正式的。既然监管机构无权单方或独立签订国际条约,非正式性就成为机构间跨境合作的必然特性。参见:Chris Brummer, How International Financial Law Works (and How It Doesn't), 99 *The Georgetown Law Journal* 257, 285 (2011)。

真正面临监督。即便如此,向基金组织和世界银行提供的数据也是由国内当局自行报告,并且可能往往要靠作为监管对象的金融机构来提供信息。此外,监督所获信息往往需要征得被检查国同意后才能公布。^[28]这些都使得国际金融软法的有效性发生问题。

而所谓正当性(legitimacy,又译作“合法性”)问题,则指向国际金融软法制定机构和制定机制在透明度、民主性和代表性方面的缺陷。相较于硬法规则如条约的规范的缔结程序,国际金融软法的决策程序和制定过程往往不够清晰和透明,例如各国如何达成共识、在此过程中一国是否有机会表示反对或作出保留、那些并不直接参与决策过程的国家和地区享有何种程序保障等。^[29]一些国际标准制定机构实质上是排他性的“富国俱乐部”,将小圈子里的规则“出口”给世界其他国家;另一些标准制定机构虽然是开放式组织,但却受控于一个紧密的政策核心集团。由此而来的质疑是,这些机构所制定的规则和标准旨在保护关键成员尤其是发达国家的利益,而阻碍那些能够增进全球福利的规则。^[30]其结果是,国际金融软法即便是有效的,也可能会被指责为缺乏透明度、代表性和问责性,而这种指责又会进而削弱对软法规则的遵守。

在全球金融危机后的反思和改革中,国际金融治理领域出现了一些新的变化和发展,对上述两方面问题均有所应对。就有效性而言,原有的相对松散的金融稳定论坛升级为制定有章程来明确其基本运作规则的、更为实体性的金融稳定理事会,在国际层面协调各国主管机关和国际标准制定机构的工作,并同国际金融组织合作来处理那些影响金融体系脆弱性的问题,促进全球金融稳定;引入“以身作则”(lead by example)和“同行审查”(peer review)机制,即金融稳定理事会成员国承诺遵守和实施相关国际金融标准,并接受其他成员国对其遵守和实施情况进行的定期评估,从而让成员国获得其“同行”反馈的关于标准实施和政策有效性的意见,并鼓励非成员国接受类似评估,在全球范围内促进对于国际金融标准的遵守;对基金组织和世界银行原有的“金融部门评估计划”(FSAP)和《关于遵守标准和守则的报告》(ROSC)进行强化和升级,使这两个机构在监督国际金融标准实施方面发挥更多实质性作用。此外,还通过对不遵守相关标准的不合作国家或地区(non-cooperative jurisdiction)进行“点名羞辱”(naming and shaming),即列入不合作名单并向全球公布的方式来向相关国家或地区施加压力,促使其遵守标准。上述措施在不同程度上增强了相关国际金融标准的有效性。有学者称之为国际金融软法“事实上的硬化”,以区别于着眼于向硬法之转化的“法律上的硬化”。^[31]这一概括颇为形象,但需要注意的是,这些规则的“软法”本质并未因此发生变化,严格说来是“强化”而非“硬化”。

而就正当性而言,最大的进步则是代表性更为广泛的二十国集团^①取代了“富国俱乐部”七国集团,成为全球金融治理改革的主导者和推动者,在协调相关各方立场、整合相关机构、重塑治理规则等方面发挥了关键作用。作为唯一一个有国家领导人直接参与(以领导人峰会形式)的国际金融标准制定机构,二十国集团享有其他机构所不及的崇高地位和广泛的影响力,决定着当下国际金融标准制定的总体议程。自2008年首次峰会召开以来,二十国集团历次领导人峰会都成为全球金融治理的风向标。相比以往主宰国际金融标准制定的七国集团,二十国集团具有更为广泛的代表性,特别是新兴经济体和发展中国家的有效参与,强化了在其主导下的全球金融治理和国际金融标准的正当性。

正是基于二十国集团领导人峰会在全球金融治理中的特殊地位,有学者将二十国集团领导人

^① 二十国集团是20世纪90年代墨西哥金融危机和亚洲金融危机的产物,成立于1999年,旨在汇集具有系统重要性的发达和发展中经济体,共同讨论全球经济中的重要问题。二十国集团成员包括阿根廷、澳大利亚、巴西、加拿大、中国、法国、德国、印度、印度尼西亚、意大利、日本、墨西哥、俄罗斯、沙特阿拉伯、南非、韩国、土耳其、英国、美国和欧盟。自成立后二十国集团一直颇为沉寂,直到全球金融危机爆发才走上前台。

峰会同意或者承诺实施的国际金融标准称为峰会承认的国际金融标准(意味着不是国际金融标准制定机构制定的所有国际金融标准),认为这些标准不但是相关国家金融监管立法和实践的反映,而且是二十国集团领导人基于维护全球金融稳定的共同利益达成的意志协调,具有了国家意志性。同时,这些国际金融标准的制定和实施机制表明其也具备了法之为法所需要的正当性和强制性。这使其区别于通常所说的国际金融软法,而成为“全球金融法”。其调整内容不是国家与国家之间就金融监管领域所发生的关系,而是制定、协调全球金融监管的基本标准。^[32]就解释和强调二十国集团机制对相关国际金融软法的有效性和正当性的“加持”而言,这一论断无疑是极富洞察力和创见的。但在关于国际(硬)法渊源的理论并未突破条约和习惯之传统藩篱的情况下,“非软法意义上”的全球金融法在性质上究竟是什么,就成为不容回避的问题。尽管这“并非刻意要将全球金融法纳入硬法范畴,也不在意是否应将全球金融法冠以硬法抑或软法”,^[33]但至少就目前而言,“硬法还是软法”恐怕仍是一个必须要作出的判断。

在笔者看来,上述变化发展恰恰凸显和印证了国际金融软法的适应性、灵活性和多样性,表明其具有强大的生命力和广阔的发展空间。在最松散的“君子协定”与最严格的条约义务之间,是“软度”不一而足的形形色色的软法规则,它们虽然共享“软法”这一称谓,但并不影响其在实际效力方面可能存在的悬殊差异。当然,二十国集团机制对国际金融软法有效性和正当性的整体提升,有助于后者在全球金融治理中发挥更大作用。尽管作为软法规则,国际金融标准的核心价值不在于“约束力”,而在于“吸引力”,亦即代表国际先进经验、为相关国家立法者和监管者所乐于接受,但标准制定机构更加广泛的代表性以及更加开放透明的决策程序和实施机制,无疑有助于强化这些标准的权威性和说服力。特别是,当这些标准越来越与一定的激励和约束机制挂钩,从而实际效力大为强化时,程序正当性方面的考虑就更显重要。从根本上说,国际金融软法如何在实质灵活性、程序正当性和实施有效性之间取得恰当平衡,将决定“软法之治”能否在全球金融治理领域可持续地存在和发展。

注释:

- [1]张庆麟、刘天姿《全球金融治理若干凸显问题综述》,《金融法学家》(第4辑),北京:中国政法大学出版社,2013年。
- [2]马丁·休伊森、蒂莫西·辛克莱《全球治理理论的兴起》,张胜军译,《马克思主义与现实》2002年第1期。
- [3]俞可平主编《全球化:全球治理》,北京:社会科学文献出版社,2003年,第13页。
- [4]罗豪才、毕洪海编《软法的挑战》,北京:商务印书馆,2011年,卷首语第1-2页。
- [5][18]Francis Snyder, “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques”, *Modern Law Review*, Vol. 56, 1993, p. 32.
- [6]Marc Hoffman & Mary Rumsey, *International and Foreign Legal Research Basic Concept: A Course Book*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 7.
- [7]王铁崖主编《国际法》,北京:法律出版社,1995年,第456页。
- [8]廖凡《经济全球化与国际经济法的新趋势》,《清华法学》2009年第6期。
- [9][17][19][31]漆彤《国际金融软法的效力与发展趋势》,《环球法律评论》2012年第2期。
- [10][11][16][26][28][30]Chris Brummer, “Why Soft Law Dominates International Finance—And not Trade”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 13, 2010, p. 627, 637, 638, 641, 642.
- [12]廖凡《国际货币金融体制改革的法律问题》,北京:社会科学文献出版社,2012年,第35-38页。
- [13]Joseph Gold, *The Rule of Law in the International Monetary Fund*, *The International Monetary Fund Ser. No.32*, 1980, p. 21.
- [14]Edith Brown Weiss, *Conclusions: Understanding Compliance with Soft Law*, in Dinah Shelton ed., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, pp.

535-553.

- [15] 吴永辉 《全球治理中国际软法的勃兴》,《国际经济法学刊》第15卷第1期。
- [20] Francis Snyder, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in Steve Martin ed., *The Construction of Europe—Essays in Honour of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 199.
- [21] Hartmut Hillgenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, *European Journal of International Law*, Vol. 10, pp. 500-501.
- [22] Gregory C. Shaffer & Mark A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, *Minnesota Law Review*, Vol. 94, 2010, p. 719.
- [23] 石莹 《论软法的优势和作用:以国际法为视角》,《法学杂志》2015年第6期。
- [24] [25] Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard Law and Soft Law in International Governance*, *International Organization*, Vol. 54, 2000, p. 423-424.
- [27] 羌建新 《金融全球化、全球金融治理改革与国际金融安全》,《国际安全研究》2015年第6期。
- [29] 廖凡 《国际金融监管的新发展:以G20和FSB为视角》,《武大国际法评论》第15卷第1期。
- [32] [33] 周仲飞 《全球金融法的诞生》,《法学研究》2013年第5期。

[责任编辑:蔡永明]

Status and Role of International Financial Soft Law in Global Financial Governance

LIAO Fan

(Institute of International Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: International financial soft law refers to the norms and rules governing international financial relations which have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects, especially the various international financial standards formulated by international standard-setting bodies. The limited role played by the existing treaty rules, the complexity and volatility of financial regulatory practice, the sensitiveness of issues related to national sovereignty, and the lack of an effective dispute settlement mechanism in the international financial sector, all lead to the necessity of soft law in global financial governance. Soft law has a dual role in global financial governance – first, as a transfer station or interim period towards “hard law”, and second and more importantly, as a set of rules having independent value and contributing to global financial governance in its own right. To a large extent, soft law plays a more substantial role in global financial governance than hard law, and global financial governance might even be characterized as “rule of soft law”.

Key Words: soft law, global financial governance, international financial soft law, international financial regulation, hard law