

国际银行业的国民待遇与互惠准则：

美国与欧共体的理论与实践^{*}

詹妮·考夫曼·温妮

一、背景介绍

现今，日益加剧的国际金融一体化趋势和各国金融服务产业的体制性变革对现存的国际金融管制带来了前所未有的新压力。新兴金融市场和新技术使单一国家在财政货币政策上的常规作法日渐失效。甚至于传统理论上对商品贸易和服务贸易（包括金融服务贸易）分离合理性的自信，也为这样一个新的理论共识所取代，即在这些受保护的服务市场的国际竞争是互利共赢的。从这一新视点出发，像过去在特定地域内开放运输业参与国际竞争一样，开放金融服务产业将不仅有助于增强目标产业的效率，还将促进东道国国内经济的全面发展。与此同时，国家货币、财金、税收政策的日渐削弱，被认为是技术革新必然的或可预见的结果，因为信息处理与通讯技术的进步，使金融资产的全球化交易得以迅速实现，与商品的全球化交易相比，各国监管机关更难以查禁金融服务的全球化交易。

美国所采纳的外国银行准入标准是 1978 年《国际银行法》所确定的“国民待遇”原则。而欧共体所采纳的原则则是 1989 年 12 月 15 日欧共体委员会《关于协调从事信贷机构业务的法律、规章和行政措施的第二号指令》中规定的“互惠的国民待遇”原则。本文第二部分主要比较了国民待遇与互惠待遇的各种阐释与变型，如所谓“互惠的国民待遇”。最简单的解释是，国民待遇准则允许外国银行（即来自母国的银行）在同一基础上与东道国国内银行在东道国境内从事业务。而互惠待遇则要求东道国应允许母国银行以东道国银行在母国境内被给予的相同待遇进行业务活动。本文的第三和第四部分分别讨论了美国法律国民待遇原则与欧共体法律互惠的国民待遇原则的发展。

二、外国银行准入金融市场及其管制的准则

虽然在某些特定情形下，外国银行管制国民待遇与互惠待遇的区别是显而易见的，但在

^{*} 本文译自 J. J. Norton, Chia - Jui, I. Fletcher 主编：《国际银行运作与实践：最近的发展》（International Banking Operations and Practice: Current Developments），Graham & Trotman / Martinus Nijhoff 出版社 1994 年版。作者系美国南卫理公会大学法学院助教。

实际运用中,两种待遇准则在解释上都有所变化。除了现行立法的补充解释外,许多学者还提出了未为现行立法所反映的外国银行准入准则。无论是法律规定还是理论建议,都有一个共同的特点,就是不再将目光局限于法律待遇准则(*de jure standard*)的考究上,而倾向于注重竞争机会的事实平等(*de facto equality*)。

(一) 国民待遇与竞争机会的平等

美国的《国际银行法》所规定的国民待遇准则,经财政部解释认为,应将目标确定为保证外国与国内银行在同等条件下竞争机会的平等,而非基于互惠基础对特定管制措施的精细平衡。财政部提出“实践中,国民待遇的概念已由法律国民待遇转变为竞争机会的事实平等。”(US Department of Treasury, 1990 National Treatment Study at 5.) 虽然美国声称其上述主张的出发点是考虑到若在全世界推行国民待遇原则,将有望增强全球经济的效率和繁荣,但欧洲学者认为,美国对国民待遇原则的推崇,与其说是担心贸易报复或保护主义,倒不如说是它不愿或不能改革美国银行管制现状。

(二) 互惠待遇

镜像互惠(Mirror-Image Reciprocity) 镜像互惠标准(如东道国给母国银行予东道国银行在母国所享有的同等市场准入机会)当一国在他国遭遇歧视待遇时,可以作为一件有力的武器发挥作用。然而,对等互惠准则极具挑衅性的内容容易导致贸易报复以及相应的国际贸易总量减少。因而各国威胁使用严格的镜像互惠原则作为谈判的筹码,而不是实际地采纳这一标准。

互惠的国民待遇(Reciprocal National Treatment)。欧共体修订后的第二号指令以及美国金融服务公平贸易立法草案的诸多版本均采用一种修正的互惠待遇准则,以要求在东道国市场上获得平等的竞争机会,但若未获得平等的市场准入机会,则以贸易报复相威胁。尽管互惠的国民待遇准则有助于加强母国当局对在东道国境内的母国金融机构的保护,但美国国会担心该待遇标准会打开贸易报复的口子并引发国际金融服务贸易的锐减,因此在国会的一再反对下,美国政府对这一待遇标准基本上持否决态度。

(三) 最低限度的协调和相互许可

实际监管中最低限度的协调和欧共体成员就银行执照的相互许可制度为事实上的国民待遇提供了一条更为可行的途径,从而有助于提高金融服务国际市场的效率。欧共体银行制度的改革是其“单一市场”计划的一部分,在这一计划中,欧共体通过指令规定了各成员国必须采纳的最低限度的法律内容,而将细节留给成员国进行补充性立法。在严格遵照欧共体第二号指令修正案附录规定的业务限制和欧共体并表监管指令修正案的前提下,一家银行一经某成员国注册成立,即可在欧共体各成员国内自由设立分支机构,并仅受其母国政府的监管。但在欧共体之外进行最低限度协调与相互许可的实践显得困难重重,因为这意味着成员国必须将一部分主权让渡给欧共体。国家主权的委任和如此明显的妥协在其它国家是难以实现的。

(四) 有效的市场准入

一位学者曾经建议以一种“有效市场准入”标准将事实上国民待遇准则与严格互惠待遇中的报复能力结合起来,以求获得母国银行在东道国金融市场的更多准入机会。这种主张比竞争机会均等理论更进了一步,不再追求外国银行与本国银行在本国市场上的事实平等。一个对银行体制实行高度控制的东道国可以对母国银行提供充分的事实上平等的国民待遇,但仍无法提供有效的市场准入机会。与追求精细衡量的“镜像互惠”不同,有效的市场准入标准则只对市场的自由化作一个粗略的估算。有效的市场准入标准可以使金融服务开放地区如欧共体的立法者对那些仍对金融体制实行严格限制的国家保持着敦促其自由化的强大压力。

三、美国的外国银行准入监管

(一) 1978年国际银行法

在国际银行法实施之前,美国对外国银行的监管主要是由那些允许外国银行开业的州(如纽约州、加利福尼亚、伊利诺伊斯)的监管部门来进行的,这些州一般要求外国银行应通过代理行或分行,而非子行方式开业。外国银行遵从各

州规定开业后,美国没有一条普遍性规则能制约在各州注册的外国银行从事当时美国银行所不能从事的业务,如跨州设立分支机构。

20世纪70年代,鉴于上述外国银行与美国银行竞争机会的不平等,美国银行游说国会试图制定一个更为详尽的监管体制以管制外国银行的准入问题。1978年美国国会作出反应,通过了旨在维护“外国银行与美国银行在同等条件下享有平等待遇”的《国际银行法》。《国际银行法》规定:“外国银行通过联邦分行或代理行的业务运作应与同一地域的国民银行享有同等权利和优惠,并与在同一地域从业的国民银行一样,承担《国民银行法》所规定的义务、规制、处罚、责任、条件或限制。”虽然国际银行法的国民待遇原则看起来好像单方给予外国银行准入美国市场的机会(仍需联邦银行监管机关的批准,美国政府也可自愿与他国进行互惠准入的谈判),但该国民待遇原则对外国银行是有一定限制和例外的。其典型例证是,国民待遇原则的一大潜在限制存在于资本市场业务领域。在欧洲,银行一般被允许参与证券业务,而在美国则不允许。因而,在国民待遇准则下,欧洲银行将被禁止准入美国资本市场。

虽然美国国会无权强制其它国家对在它们市场上运作的美国银行实行国民待遇,但可以预见,若美国在其境内已实施国民待遇,它会试图说服其它国家也对其境内的美国银行施予国民待遇。为了评估美国银行在国外市场被给予国民待遇的程度,国际银行法第九条要求由财政部长或其它联邦官员来监控美国银行在国外的待遇程度。除了报告他的评估结果之外,财政部长还应提出美国所应采取的措施,以抵消外国法律或实践对美国银行的歧视。

国际银行法授予联邦主管部门在不考虑各州法律规定的情况下,有权发给外国银行分行或代理行营业牌照(除非各州法律有禁止性规定),其中亦不需考虑各州关于互惠待遇的规定。在国际银行法颁布之前,有些州规定只有在外国银行母国对东道国银行给予互惠待遇的前提下才给予外国银行准入机会。游说国会通过国际银行法的美国银行不希望在联邦法律中确定互惠待遇原

则,担心那些已有美国银行开业的外国会以对等互惠为由限制美国银行进入其市场。然而,各州银行监管官员并未放弃其对外国银行准入其地区市场的管制权。在1983年召开的各州监管机关会议上,各州监管机关不成功地挑战了国际银行法所规定的货币监理局(Comptroller of the Currency)可以在不考虑各州法律规定的情况下颁发外国银行营业执照的作法。但不管怎么说,随着联邦法律在管制外国银行准入问题上作用的增强,国民待遇在美国正根深蒂固地确立起来。

尽管在国际金融服务贸易领域有奉行国民待遇的义务,美国的立法机关出于货物贸易的考虑也试图采取某种对等的互惠待遇。国会通过了1974年贸易法的301条款,对那些拒绝给予美国出口商平等准入机会的国家出口到美国的商品进行制裁。301条款授权美国总统采取适当措施以促成美国出口商获得平等的市场准入机会,并消除那些有产品出口至美国的国家的不合理贸易作法。如果美国总统(通过美国贸易代表表达其意志)认为某外国施加了对美国商务具有不公平或不合理歧视性的限制,则美国贸易代表有权对该国采取一定的贸易报复,包括中止贸易协定下的利益减让或对该国进口货物施予关税或配额限制。这项权能在1988年创设的“超级301”条款中得到了加强。虽然美国从未因美国银行在外国的待遇问题而动用上述制裁条款,但在其它金融服务贸易如保险中却有动用上述条款的先例。

(二) 1990—1992年间的金融服务公平贸易法议案

自1978年国际银行法实施之后,美国的国际贸易待遇标准可分别为两大类:在国际银行服务贸易中奉行国民待遇原则(以非强制性的磋商机制为其保障),在其它商品及一些金融服务贸易上则奉行更为严格的对等互惠标准(以严重贸易报复的威胁为其实施保障),这种一分为二的待遇标准受到国会的反复质询。1987年的一项修正案建议对国际银行法关于外国银行从事非银行活动的规定作出修改,该修正案后来获得实施,并规定暂停外国银行拓展其非金融业务和进行股权并购。1988年综合贸易与竞争法的最初文

本涵盖了这样一项规定：在总统许可下，联邦银行监管机关成员有权对外国银行采取类似于美国贸易代表依据“301条款”采取的措施，后来这一规定从最终文本中删除了。作为综合贸易法第三章组成部分之一的1988年金融报告法强制性地规定了美国财政部长每四年必须提交一份关于外国拒绝给予美国银行国民待遇情况的报告。

1990年金融服务公平贸易法案（以下简称1990法案）首次提交参议院银行委员会讨论。该法案建议对国际银行法进行修改，并以互惠的国民待遇作为银行监管机关给予美国市场准入的原则。该法案由银行利益集团草拟，其目的在于“为美国财政部谈判代表在与日本讨论外国金融机构准入日本银行与证券市场问题时增加谈判筹码”。1990年法案规定，如果财政部认定某外国银行母国拒绝给予美国银行国民待遇，即拒绝给予与母国市场国内银行相同的竞争机会（包括有效的市场准入），则联邦银行监管机关有权限制该外国银行准入美国市场。财政部有义务向国会提交关于不给予美国银行国民待遇国家的年度报告，除非财政部认为进行磋商是无作用或有损其它国家利益的，否则财政部应发起与这些国家的磋商程序。财政部还有权对实行歧视性政策的国家在美国的银行业务选择采取审慎的制裁措施，如禁止收购美国银行、与美国银行合并、在美国开设分支机构或参与非银行业务等，但实施上述制裁有一个前提条件，即联邦登记处所公布的正式审查报告中确认相关国家存在着歧视措施。

1991年已届失效期的产业保护法提交众议院讨论，参议院将金融服务公平贸易法案并入产业保护法，交由众议院一并讨论。该法案的赞助者强调该法案的目的是为了使美国银行获得准入东亚市场的更大机会，而非与欧共体针锋相对。1991年底，纽约州众议员 Schumer 阐释该法案的目的系用于打开日本金融市场，对既存的欧共体和加拿大银行机构无任何影响。但布什政府依然反对以互惠的国民待遇取代既有的单方国民待遇（unilateral national treatment），主要担心这一转变不仅不会促进贸易自由化，反而会激化矛盾，引来贸易报复，这一待遇标准的转变还有违美国在一些协定中所负的国际义务。此外，该法案将采取制

裁措施的权力扩散给除总统、财长以外的银行监管官员，也是一种不审慎的举措。1991年底，由于布什威胁要动用总统否决权，1991年公平贸易法案被迫从《产业保护法》中剔除出去，成为一纸空文。

1992年10月，参议院通过了含有另一版本金融服务公平贸易法案（以下简称1992法案）的产业保护法修正案，但却在众议院受阻，国会联席会议将1992年法案从产业保护法中分离出去。个中原因，除了一些众议员认为1992年法案授予财政部在处理对外事务上权限过大因而加以反对之外，还有来自布什政府和联邦储备银行的反对。那时民主党参议员已将金融服务公平贸易立法作为其1993年的首要任务之一，并努力确保国会考虑将互惠的国民待遇作为美国银行法的待遇标准。当时，人们普遍认为，下一届的克林顿政府比布什政府更倾向于对日本采取强硬的贸易谈判策略，因而它更愿意以贸易报复作为实现贸易政策目标的工具，从而增加了金融服务公平贸易法案获得通过的可能性。

（三）1991年外国银行监管强化法

出于多种利益和动机的折中，美国1991年通过了《联邦存款保险公司改进法》（FDIC Improvement Act），以加强对美国境内外国银行的监管。其中的第二部分（即《外国银行监管强化法》，以下简称《强化法》）是为了应对国际商业信用银行的倒闭及其在亚特兰大所引发的公愤而制定的。虽然在强化法通过之时，有300余家外国银行在美国开业，约占全美商业信贷总额的30%左右，但各州均无权管制外国银行跨州的业务运作，也缺乏监管外国银行业务的专业技能。因此强化法授予美联储最高监管职责，其不仅有权监督外国银行的跨州业务运作，而且也可对在各州注册的外国银行在美国境内的一切业务活动进行监管。强化法关于加强外国银行监管的有关规定强调外国银行母国监管当局的综合性并表监管和美国银行监管机关对美国境内外国银行业务的地域强化监管必须双管齐下。

外国银行办事机构。强化法加强对外国银行监管的主要方式是要求外国银行在开设分行、代理行或代表处等办事机构之前需获得美联储的许

可。在强化法颁布之前,大多数在美国开业的外国银行均由各州分别发给营业许可,无需联邦机构的审查。现今美联储的审查核准是对各州监管机关的补充,而绝非取代货币监理局或各州监管机关的许可权。美联储若发现外国银行违法操作或是参与不安全、不稳健的业务,有权对外国银行进行检查,甚至加以关闭。美联储必须保证外国银行是在并表基础上受其母国的全面监管。强化法还对违反《国际银行法》规定了刑事责任,对提供错误或误导性报表的外国银行增设了民事责任。

存款保险。除了监管权力的加强之外,强化法还要求接受10万美元以下零散存款账户的外国银行必须为此项业务建立辅助机构,并参与联邦存款保险。该立法的本意是要限制外国银行开办零散存款业务,但1991年强化法在立法过程中不经意地将限制性规定省略了。所以强化法的实际文义看起来像是禁止外国银行在其综合营业机构中开办非零散的、未经存款保险的存款额在10万美元以下的账户。1992年产业保护法修正案(同年10月28日经布什总统签署成为法律)对上述条文作了修改,在“存款”及“存款账户”前加上了“国内零散”的限制,使其更符合立法的原义。

四、欧共体的外国银行准入监管

(一) 第一号银行指令

1977年12月12日,欧共体通过了《关于协调管制信用机构金融业务的法律、规章和行政措施的第一号指令》(First Directive on Banking)。其中的主要内容是撤除成员国之间关于金融服务的法律壁垒,以促进信用机构准入与监管法律的协调统一,并对非欧共体成员国设立统一的待遇标准。虽然一号指令规定一成员国银行可自由在另一成员国内开设分行,无需任何授权,但一号指令并未禁止东道国对分行的设立施加附加条件,亦即东道国可在国民待遇基础上对外国银行开设分行施加附加要求。因此,在欧共体各国设立分行可能必须获得各东道国银行监管机关的个别许可。一号指令还规定欧共体各国不得对非欧共体成员国银行提供比成员国银行更优惠的待遇,因而它并不反对欧共体各国对非欧共

体成员国采取歧视性或保护性措施。一号指令的另一重大缺陷在于它只规定了分行的开办问题,而对子行的设立未作规定。

(二) 第二号银行指令

根据1985年欧共体委员会《内部共同市场的实现》白皮书所规定的新政策,1988年2月23日,欧洲委员会向欧洲议会提交了《关于协调管制信用机构金融业务的法律、规章和行政措施的第二号指令》议案。该指令议案制定了一个计划,表示允许欧共体银行在欧共体任一国家开设分行或子行,且只受其母国的授权和监管。母国银行在东道国所允许从事的业务活动在二号指令议案的附录中均已详细列明。母国监管原则也是欧共体成员国监管规则最低限度协调的一项要求,欧共体各成员国希望以此来确保银行业的稳健性及保障消费者的利益。

在欧共体银行看来,1992年计划和二号指令分别从概括和具体两个方面释放了跨国银行放松监管的强大动力。给予最低限度协调和相互许可原则上的单一市场化将促使成员国参与“竞争性的规则制定”(competitive rulemaking)。具体到银行业,成员国将感受到压力,从而尽量放松管制标准以达到欧共体最大自由化的目标。为了使本国银行与其它欧共体国家银行在同一基础上展开竞争(因为根据二号指令,东道国不能禁止或管制欧共体其它成员国银行的进入)同时也为了帮助东道国国内银行拓展域外业务,欧共体决定以母国监管原则取代先前更为传统的东道国对外国银行的地域监管原则,以促进欧共体金融市场的自由化。

虽然1992年计划有促使欧共体内部市场自由化的作用,但二号指令关于第三国银行准入的问题却引起了关注,尤其是美国方面的关注,因为非欧共体国家银行进入欧洲市场将受到更为严格的限制。为了解决这一困惑,二号指令将相互许可的优惠扩及非欧共体成员国银行的子行,因而这些经过授权的子行亦可如欧共体银行一般在其它欧共体成员国内开设分支机构。但是为了建立上述子行,非欧共体成员国必须满足对等互惠的条件,二号指令第7条第(5)项明确规定:

“欧共体委员会必须审查欧共体信用机构是否享有互惠待遇,尤其应以互惠标准来考量第三国信

用机构在欧共体内设立子行，并购欧共体信贷机构的问题。”二号指令第7条第(6)项还规定，如果委员会发现互惠待遇未得到落实，它有权暂停第三国银行准入欧共体的申请。如果该第三国银行向某成员国申请市场准入，该成员国必须即时与欧共体展开磋商，并通知其它欧共体成员国，等待欧共体作出最终决定，即“直到欧共体所有信用机构均享有该国给予的互惠待遇为止”，方可批准第三国银行的市场准入申请。

一号指令议案所提供互惠要求是不明确的，它所给予的可以是一般的互惠待遇，也可能是更为严格的互惠待遇方式——镜像互惠。给予镜像互惠待遇的可能性使美国银行业者感到不安，因为美国对本国及外国银行的监管比欧共体的相关标准更为严格。因此对准入申请进行严密的互惠待遇审查将使欧共体有权限制美国银行在欧共体的业务，从而将美国银行置于竞争劣势，甚至可以用来禁止美国银行准入欧共体市场。

尽管欧洲委员会有言在先，声称二号指令议案所确定的互惠标准不会用以向贸易伙伴施压以获得大量减让利益，但美国银行业者仍然对这一议案进行了大肆批评。美国银行家抱怨二号指令议案的规定过于含糊，以至于无法保护已成立的非欧共体银行的既得权益，并且它并没有赋予非欧共体银行独立于欧共体成员国法律之外开设子行的权利。

1989年12月15日二号指令修正案。为了应对上述批评，欧洲委员会对二号指令作了修改。修正案明确了互惠标准必须贯彻欧共体对第三国信用机构的有效市场准入和竞争机会均等原则。修正案还增设了祖父条款 (grandfather clause) 以保护在二号指令生效日已开设的非欧共体银行子行的既得权益。修正案还要求欧洲委员会应独立调查欧共体银行在其它国家的待遇状况，而不能仅仅依靠其它国家准入欧共体提供的申请报告所反馈的信息来下结论。

二号指令修正案规定了两步程序以确证在欧共体成员国与第三国间是否存在互惠待遇，以及查证欧共体银行是否被给予互惠待遇。当欧洲委员会确认与第三国银行在欧共体的待遇相比，欧共体银行在第三国并未被给予“有效市场准入”

的机会。欧洲委员会可在欧洲议会的授权下与该国展开磋商。当欧洲委员会确认第三国并未赋予欧共体银行与其国内金融机构相同的竞争机会，即未享受国民待遇或难以实现有效市场准入时，欧洲委员会可径与该第三国进行磋商或要求成员国限制或暂停该第三国银行准入欧洲市场业务的申请。

这些修订平息了许多美国银行家关于欧洲单一市场实现后它们将难以进入欧洲市场的担心。虽然从1992年后欧共体就再未提出采用严格的镜像互惠标准，但欧共体代表仍强调它们反对目前美国的银行监管体制。根据欧洲委员会副主席莱昂·布莱登 (Sir Leon Britton) 的说法，美国对其国内银行和外国银行均实行同等的严格限制，这是不合时宜的，美国的市场自由度应与欧洲单一市场一样开放。

五、结语

虽然国际金融服务贸易的自由化增强了全球经济的效率，但在取得更大成效之前必须先实现国内金融监管的自由化。在这一方面应着力改进的不仅有发展中国家，还有美国、日本等发达国家。在国内的政治力量支持上述改革之前，要达成关于国际金融服务贸易的多边协议是很渺茫的事情。

在缺乏多边共识和行动的情况下，在双边协议中各国应采取何种待遇标准显得无所适从。虽然欧洲单一市场在相互许可、最低限度协调、母国监管原则的指导下在银行自由化和放松管制方面取得了显著的进展，但这得益于欧洲的政治环境。在缺乏欧共体这样的多边政治框架下的条件下，一国往往对外国银行采取单边的国民待遇，这会丧失其谈判的筹码，与此同时，对等互惠待遇的威慑作用也会增加贸易保护主义的风险，从而使世界贸易发生衰退。

(厦门大学法学院蔡奕编译)

(责任编辑：冯郦君)