

国际金融软法的效力与发展趋势

漆 彤

内容提要:在全球治理与公民社会兴起的背景下,国际金融软法的蓬勃发展是一种必然趋势。国际金融软法虽然不具有法律约束力,但在实践中却可能产生某种实际约束效果。运用社会法学派和现实主义学派的方法,可以较好地解释这一现象。国际金融软法的制定主体、调整范围和表现形式具有广泛性和多样性,能够在一定程度上弥补国际金融硬法的不足。国际金融软法的实际约束效果主要通过法律上和事实上的“硬化”来体现。从发展趋势来看,除转化为国际条约、国际习惯和国内法之外,国际金融软法在较长的时期内仍有自己独立的发展空间。国际金融软法的未来发展有赖于进一步提高公众参与度和透明度。

关键词:国际金融软法 软法的渊源 软法的效力 软法硬化

漆彤,武汉大学法学院副教授。本文受武汉大学国际法“70后”学术团队计划资助。

在全球化引发的全球治理热潮中,金融全球治理是非常重要的一个方面。长期以来,国家主权平等原则和金融领域的特殊敏感性使得国际金融法的发展举步维艰。要在金融领域形成具有强制约束力的国际法律规范,往往比在贸易、投资等其他领域更为困难。在当前的国际金融领域,除公认的国际货币基金组织(International Monetary Fund, IMF)与世界银行及其相关制度以及世界贸易组织框架下的金融服务贸易市场准入制度之外,具有强制约束力的国际金融法律规范十分罕见,存在大面积的调整真空。有鉴于全球金融危机对世界经济发展造成的严重破坏,在二十国集团(Group of Twenty, G20)领导人峰会、金融稳定委员会(Financial Stability Board, FSB)等全球治理主体的推动下,国际社会掀起了一波新的治理高潮,试图通过引入多元化的治理主体、多样化的治理模式和多层次的治理结构,依靠各种软法性国际金融规范来弥补目前单纯依赖传统硬法规范的不足。在此背景下对国际金融软法的现实效力和发展趋势进行深入探讨,不仅有助于正确认识全球治理背景下的金融软法现象,也有助于我国更好地参与国际金融体制改革和监管合作。

一 国际金融软法的概念

“软法”一词在学术界一直颇有争议。国际法学者倾向于将软法定义为虽然不具有法

律约束力,但却会在实践中产生某种实际效果的行为规范。在国际法学者霍夫曼看来,软法“这一术语指的是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”。〔1〕1993年施耐德教授曾给出了一个经常得到援引的定义,即“软法总的来说是不具有法律约束力但可能产生实际效果的行为规则”。〔2〕逊登提供了一个比较复杂且比较规范的软法定义,即软法是“以文件形式确定的、不具有法律约束力但可能具有某些间接法律影响的行为规则,这些规则以产生实际效果为目标或者可能产生实际效果”。〔3〕与此相似,日本国际法学者位田也认为:“从形式上说,(软法)是指在没有法律约束力的国际文件中,实质上具有某种约束力或者正在超越单纯的事实或者道德、政治层面的约束而成为硬法的(那些规则)”。〔4〕罗豪才教授认为,软法是指那些效力结构未必完整,无需依靠国家强制保障实施,但能够产生社会实效的法律规范。〔5〕王铁崖先生则指出,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”。〔6〕

尽管上述学者的视角或观点不尽一致,但从他们的描述中可以看出软法的一些共同特征,即软法通常被认为是一种不具有法律约束力但又具备某种实际效果的行为规范,其制定主体和表现形式多样,调整范围十分广泛。国际金融领域的软法同样具备这些特征:

第一,制定主体多样。公认的国际金融软法制定主体既包括政府间国际组织如欧盟等,也包括非政府国际组织,如巴塞尔银行监管委员会(以下简称“巴塞尔委员会”)、国际证监会组织、国际保险监督官协会、国际会计准则理事会、国际会计师联合会、金融行动特别工作组和金融稳定委员会等。〔7〕

第二,表现形式多样。国际金融软法通常表现为政府间国际组织或非政府组织所制定的各种宣言、建议、意见、指南、标准、原则和最佳做法等,还包括不同国家监管机构之间所达成的有关信息交换和执法合作的国际文件,如谅解备忘录。此外,有学者认为,国内金融监管机构所发布的各种监管报告,不但是一种表达监管意见和倾向的官方记录,而且通常会为后续监管规则的出台指明方向,因此也应视为国际金融软法的渊源之一。〔8〕

第三,调整范围广泛。以国际条约为主要形式的国际金融硬法目前调整领域较为有限,仅及于国际货币体系安排以及金融服务贸易多边纪律等有限事项。在银行业、证券业、保险业、支付体系、会计、反洗钱和反恐融资等领域,国际硬法存在大量调整真空,这些都需要由

〔1〕 Marci Hoffman & Mary Rumsey, *International and Foreign Legal Research Basic Concept: A Course book*, Martinus Nijhoff Publishers (2007), p. 7.

〔2〕 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. 198.

〔3〕 Linda Senden, “Soft Law, Self-regulation and Co-regulation in European Law: Where Do They Meet?” *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 9 (2005), p. 13.

〔4〕 Ryuichi Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation-Critique de la notion de soft law”, in *Le Droit International Au Service De La Paix, De La Justice Et Du Developpement: Melanges Offerts A Michel Virally*, Paris Pedone (1990), pp. 333 - 348.

〔5〕 参见罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,《中国法学》2006年第2期。

〔6〕 王铁崖:《国际法》,法律出版社1995年版,第456页。

〔7〕 尽管有关巴塞尔委员会、金融稳定委员会等组织的性质存在较大争议,有部分学者将之视为政府间国际组织或准政府间国际组织,但根据1950年联合国经社理事会第288(X)号决议,“任何国际组织,凡不是经由政府间协议而建立的,都被认为是为此种安排而成立的非政府组织”。

〔8〕 参见 Chris Brummer, “Why Soft Law Dominates International Finance-and not Trade”, *Journal of International Economic Law*, Volume 13, Issue 3 (2010), pp. 623 - 643.

国际金融软法加以补充调整。

归纳以上特征,笔者将国际金融软法概括为由国家和国际组织所制定的、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备某种实际效果的各类规范性文件的总称。

一个并不仅限于国际金融软法领域的疑问是,软法究竟能否被视为一种法律。如前所述,因为软法不具有法律约束力,通常认为其不是严格意义上的法律。国际法学者伯德就认为用“软法”一词来描述显然不具有法律形式而且并不意欲发生法律约束力的文件是不合适的,而且也没有多大帮助,因为这样的文件根本不是我们通常意义上所说的法律。^[9]就法律的形式要件而言,国际金融软法因其未通过正式立法程序、不具有法律约束力而有别于严格意义上的法律。

尽管如此,如果将国际金融软法视为一种法律多元意义上的社会规范,其仍可归入广义上的法律范畴。软法究竟是不是法,取决于人们对于法的理解。在庞德看来,回答“什么是法律”这个问题在相当程度上取决于研究观察的角度。^[10]近年来,随着法律多元主义的兴起,一些学者对单一的国家制定法律观进行了批判,并认为应从社会学等不同视角强调多元的“非国家”的法律体系。^[11]这也意味着法不仅包括体现国家意志并由国家强制力保障实施的硬法,还包括体现其他社会共同体意志,不依靠国家强制力保障实施的软法。^[12]因此,所谓“软法亦法”,是将软法视为法律多元意义上的社会规范。这种社会规范和法律并非对立或完全不相干。^[13]孟子曾言“徒法不能以自行”,其实就是强调法律与社会之间的密切联系,即法律规范必须连接社会关系从而发生法律效力。换言之,仅仅强调法律规范自身所具备的逻辑意义上的效力是不够的,还必须强调其在社会实践意义上的外部效力。

二 国际金融软法的效力

论及效力问题,首先必须明确对“效力”一词的理解。“对一个概念下定义的任何企图,必须要将表示该概念的这个词的通常用法当作它的出发点。”^[14]作为常用法学概念,法律效力的含义是多方面的,通常有广义和狭义两种理解。

狭义上的法律效力专指法律在特定的时间和空间范围内对人们行为的制约与规范。国际金融软法并不具备特定的生效范围或适用范围,因此显然不具备狭义理解上的法律效力。这也正是软法与硬法的主要区别所在。就国内法而言,硬法是指那些能够依靠国家强制力来保证实施的规范,软法则是指那些不能运用国家强制力保证实施的规范。就国际法而言,国际硬法是成员必须遵守的具有法律约束力的规范,而国际软法则由成员自愿遵守的不具有法律约束力的规范。国际硬法表现为国际公约、国际习惯等,而国际软法则表现为原

[9] 参见 Richard Bilder, “Beyond Compliance: Helping Nation Cooperate”, in *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Dinah Shelton ed., (2000), p. 65.

[10] 参见[美]庞德:《法理学》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第15页。

[11] 参见[日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第2页。

[12] 参见 Eric Posner, *Soft Law in Domestic and International Settings*, <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/download/material.htm>, 最后访问时间:2011年4月10日。

[13] 参见[美]埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第63页。

[14] [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第4页。

则、建议、意见、标准、最佳做法等。软法与硬法的地位和作用也有很大不同。硬法以其义务的精确性和强制性而具有直接的法律效力,而软法则更加强调非直接的法律效力,如对立法进行准备、解释和补充。^[15] 判断相关规则是否具有法律约束力的传统标准是其是否有强制力作为实施保障。以国际条约为例,根据《国际法院规约》第 38 条,国际法院可以适用涉讼国家均明确承认的国际条约来裁断提交给国际法院的争议。由此可见,公约等国际硬法的实施有强制力即国际公权力作为保证,违反国际硬法可能招致国际公权力的否定性裁决,如国际法院或世界贸易组织争端解决机构的裁决。而国际软法恰恰欠缺这一点,其更多地是以建议的形式出现。

广义的法律效力则更多涉及到法律效力的本原。对此,不同法学流派都进行了研究并形成了截然不同的法律效力观。如分析实证主义法学派坚持法律的逻辑效力观,认为法律效力不过是国家的强制力与约束力,故举凡出自有立法权的机关的规则便当然成为有效力的法律。自然法学派则捍卫其基本传统,坚持法律的伦理效力观,认为从终极意义上看,法律的效力就是法律的道德约束力,有效力的法律必定是符合正义原则和道德要求的法律。社会法学派认为,法律的效力本质上乃是法律的实际效果,即法律对社会成员在事实上的实际约束力。现实主义学派则将法律效力归结为人们的心理因素,持法律的心理效力观,认为人们对法的态度是法律效力的标准,有效的法律也就是被社会成员认同和肯定并作为其行为指南的法律。^[16]

相对而言,社会法学派和现实主义学派所采取的实用主义的现实论证方法,更加强调规范在现实中的实际使用效果,也更能反映软法领域法律效力问题复杂难明的现实。因此,在论证软法的效力问题时,学者们更多地借鉴了社会法学派和现实主义学派的方法来解释为什么不具有法律约束力的国际金融软法却可能具有某种实际效果。例如,波斯纳认为,软法尽管指的是立法机构发布的不具有法律约束力的声明(大多数是因为它们没有遵循相关的正式程序),但它仍然影响了其他人的行为。^[17] 罗豪才教授也认为,软法没有法律约束力主要是指软法本身一般不具有司法适用性,但这并不意味着软法在实践过程中不具有实际效果或者非法律性的约束力。更进一步说,在某些情况下,软法对于管制效果的有效性使得其实际约束力有可能比硬法更强。^[18] 在国际法中,软法虽然不具有法律约束力,但仍然对国际关系并且最终对国际法具有一定影响。许多软法性的文件可以作为未来具有法律效力的协定的基础,因此也具有一定作用。例如,《世界人权宣言》是软法性的宣言,而《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》却都是由此而生。^[19]

综上所述,国际金融软法并不具有狭义上的法律效力,即特定的生效范围或适用范围,其现实中可能具有的某种实际约束力属于社会法学派或现实主义学派所称的广义上的法律效力范畴。换言之,形式上或主观上不具有法律约束力的国际金融软法,在实践中仍可能具有类似于法律所具备的制约与规范人们行为的客观效果。

[15] 参见 Yoichiro Usui, *The Role of Soft Law in EU Environmental Governance: An Interface between Law and Policies*, http://www.ne.jp/ashai/usai/yoichiro/presentation_list.html, 最后访问时间:2011 年 4 月 10 日。

[16] 参见张根大:《法律效力论》,法律出版社 1999 年版,第 44—48 页。

[17] 参见 Posner, *Soft Law in Domestic and International Settings*。

[18] 参见罗豪才、毕洪海:《通过软法的治理》,《法学家》2006 第 1 期。

[19] 同上。

三 国际金融软法的硬化

国际金融软法的“硬化”包括两种情况,即法律上的硬化和事实上的硬化。法律上的硬化是指通过特定的司法或立法程序认可软法的法律约束力或者直接将之转化成具有法律约束力的文件。这种硬化主要通过三种途径实现:(1)在司法程序中认可特定软法规则的法律约束力;(2)在国际条约的制定过程中纳入已经作为软法存在的具有影响力的原则和准则,并由成员批准生效;(3)由国家将特定软法规范纳入国内法,从而产生强制适用的法律效果。事实上的硬化则是指运用事实上的强制力或者政治、经济方面的影响力来保证国际社会对软法的遵守,尤其表现为通过特殊的激励或者惩罚机制来保证软法的实施。

根据国际金融软法规范的不同,其硬化程度也有高低之分。IMF 和世界银行联合推出的“金融部门评估计划”(Financial Sector Assessment Program)中对诸多典型的国际金融软法的实施情况进行了调查,其结果表明不同国际金融立法主体制定的国际金融软法在实践中的效力大不相同,市场参与者对不同软法规则的使用情况也不相同。按照5级评分(1分代表“几乎不使用”,5分则代表“绝大部分使用”)来打分,巴塞尔核心原则得分为3.39,国际保险监督官协会发布的准则得分为1.42,国际证监会组织发布的准则得分为1.70。^[20] 这些分值客观反映了不同国际金融软法规范在实践过程中的适用程度,并从一个侧面佐证了国际金融软法确实存在某种实际约束力这一事实。

(一)法律上的硬化:欧盟及巴塞尔委员会的实践

因为软法规范在其实践中的大量运用,欧盟正在进入一个“软法时代”,并对国际软法的形成发挥了重要的示范效应。在金融领域,欧盟颁发了大量的软法规范,包括行动守则、建议、指南和机构间协议等多种形式。这些软法性文件对于欧洲委员会如何运用其权限、如何在裁量范围内履行职责等事项做出指示。欧盟软法规则的实际约束力体现在欧洲法院的诸多判例之中。例如,早在1991年的“格里马迪案”中欧洲法院就认为,虽然《欧共同体条约》第189条的建议明显没有约束力,但各国法院在判决案件时要考虑欧共体的建议,“尤其是欧共体的建议对于解释各国用于执行的规则具有启发意义或者旨在补充具有法律约束力的共同体规定时”。^[21] 关于欧共同体理事会制定的指南,欧洲法院认为欧共同体委员会必须将之纳入考虑范围。在1996年“农民协会诉委员会案”中,欧洲法院认为驳回对于指南之起诉的唯一依据包含于第五环境行动计划(Fifth Environment Action Program)之中,而该行动计划并非立法。^[22] 在“世界野生动物资金案”中,法院判决认为,一项附加在委员会关于公众查阅文件权的决定中的非约束性行为准则可以成为私人团体的行为依据。^[23] 关于机构间协议,在大多数案件中欧洲法院都认定其系自愿协商的一种表现行式,不具有法律约束力。但在某些案件中,欧洲法院认为机构间协议可以被认为具有法律效力。例如,在C—25/94

[20] 参见 *Report prepared by the Staffs of the International Monetary Fund and World Bank: The Standards and Codes Initiative—Is It Effective? And How Can It Be Improved?* <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2005/070105a.pdf>, p. 41, Table 3, 最后访问时间:2011年4月10日。

[21] Case C-322/88 Grimaldi [1989] ECR 4407, paragraph 19.

[22] Case C-142/95, Associazione agricoltori v. Commission [1996] ECR I-6669.

[23] Case T-105/95, World Wildlife Fund v. Commission [1997] ECR II-313.

号案件中,欧洲法院就以违反机构间协议为由撤销了欧洲理事会的决定,该协议系欧洲理事会和欧洲委员会就在联合国粮农组织的会议准备、陈述和投票等事项做出的安排。^[24]

巴塞尔委员会制定的国际金融软法在法律上的硬化则主要表现为众多国家和地区自觉将其纳入本国国内立法体系中并赋予其法律约束力。为了取得监管主动权,许多国家制定的银行监管制度都采用了巴塞尔委员会所提出的标准。例如,欧洲议会于 2006 年通过颁布《资本要求指令》(Capital Requirements Directive)来推动 2004 年《巴塞尔协议 II》在欧盟范围内的执行。该指令主要采用了《巴塞尔协议 II》关于资本标准的规则,要求欧盟成员国最迟于 2007 年初适用该指令。又如,我国 1995 年颁布的《商业银行法》第 39 条规定商业银行的资本充足率不得低于 8%,实际上就是遵循 1988 年《巴塞尔协议》的要求。2004 年中国银行业监督管理委员会发布和实施了《商业银行资本充足率管理办法》,其核心是 1988 年《巴塞尔协议》的资本充足标准,并在总体结构上借鉴了《巴塞尔协议 II》三大支柱这一框架。2010 年通过的《巴塞尔协议 III》要求各成员国从 2013 年 1 月 1 日起将其列入国内法,并且要求从当日起各成员国的商业银行必须满足其分阶段最低要求。这无疑是国际金融软法规则在法律上硬化的又一重要例证。

(二)事实上的硬化:金融行动特别工作组的实践

金融行动特别工作组(以下简称“工作组”)联合各主要国家的法律和金融专家共同拟定示范性的反洗钱标准,敦促其成员在国内立法和监管对策中加以采纳,并通过定期打分的方式监督成员和非成员对这些标准的采纳情况。如果一个国家或地区未能取得及格分数,将会蒙受被置于工作组定期公布的“不合作国家和地区”名单之上的耻辱,即所谓“点名羞辱”。随后,工作组会对名单上的国家和地区进行持续性监督和评估,鼓励其通过采取与建议相一致的措施来完善国内立法和监管政策,以便最终评估合格并从名单上除名。而如果“不合作国家和地区”未能采取相应补救措施,工作组将号召成员对其采取具体行动,包括禁止成员管辖范围内的公司同在该国家或地区设立的金融机构进行商业活动,以及拒绝该国家或地区的银行或其他金融机构在成员境内设立分支机构或者参与国际结算。不仅如此,针对未能采取适当措施打击洗钱的国家和地区,根据《关于洗钱问题的四十项建议》中的第 21 项建议,工作组还可以请求全球的金融机构对与这些国家的个人、企业和金融机构有关的业务活动进行密切监测。例如,工作组在 1996 年对土耳其就采取了此种措施,直到土耳其立法承认洗钱的刑事犯罪性质并采纳工作组的标准为止。

通过公布“不合作国家和地区”名单施压等一系列实施方式,工作组不但使得多数成员能够主动遵守反洗钱的软法规定,而且在非成员中也极具影响力。工作组对塞舌尔群岛《经济发展法》的做法充分彰显了软法规则的实际约束效果。为了吸引国际投资,塞舌尔群岛于 1995 年通过并颁布了《经济发展法》。该法规定,在该岛投资超过 1000 万美元的投资者即可获得多种优惠或奖励,包括但不限于各种刑事案件的起诉豁免权。由于这一法案的规定极有可能被不法分子利用来帮助其从事贸易洗钱或其他犯罪活动,工作组首先对塞舌尔群岛进行了“点名羞辱”,将其列入了不合作名单并向全球公布,随后又要求其成员密切监测与该岛有关的各种贸易和金融活动。尽管塞舌尔群岛并非工作组的成员,但其迫于压力最终于 2000 年 7 月废除了上述法律并声明将致力于打击贸易洗钱活动。经过后续评估,

[24] Case C-25/94, Commission v. Council [1996] ECR I-1469.

工作组于当年10月做出了停止对其施用第21项建议的决定。实际上,工作组的“不合作国家和地区”名单从2001年的23个锐减至2006年的0个,^[25]这一变动情况生动地表明国际金融软法在实践中的实际约束效果。

四 国际金融软法的发展趋势

在国际法学者韦斯看来,随着时间的推移,软法大致会向以下四个方向发展:一是以具有约束力的形式被批准,或者说进入条约规定中;二是作为国内法的一部分被通过;三是成为进一步合作的框架和制定更为具体规则的过程之一;四是成为习惯法。^[26]上文对国际金融软法效力实现途径的实证考察,也印证了这一判断。概而言之,国际金融软法的未来发展方向主要有两个:其一是转化成具有法律约束力的国际习惯或者国际条约。当国际金融软法经过不断的实践和完善,并具备形成国际习惯所必需的物质因素和心理因素时,即构成国际习惯。至于国际条约,虽然在国际金融领域很难达成,但是不排除一些被世界各国普遍认同和遵守的国际原则和规则未来被写入国际条约并获得通过的可能性。其二是转化成国内法的一部分。如上所述,许多国际金融软法规则在实践中已经被写入成员国国内法,在各国国内法律实践中得到较为充分的体现,这也是国际金融软法目前最主要的发展方向。

然则,国际金融软法是否如某些学者所言,仅仅是通向硬法发展道路上的一个中转站呢?^[27]恐怕并非如此。施奈德教授即基于欧盟的经验指出,决定采用软法而非硬法,可能是因为实际上无法使用硬法,例如条约禁止采用具有法律约束力的措施。在此情况下,软法措施就不会演变为硬法。另一方面,决定采用软法也可能是基于软法的优点,在这种情况下软法可能最终会被硬法替代,但却并非必然结果。^[28]在国际金融领域以爆炸式速度发展的背景下,软法在应对金融市场多变性和金融领域的特殊敏感性方面具有硬法所不具备的某些功能和无法替代的优势。特别是,软法相对于硬法而言有一定超前性,而且易于妥协,因此当面对新的金融现象需要调整时可以比硬法更快做出反应,迅速出台相应监管建议或标准来弥补监管领域的空白。事实上,层出不穷的金融创新客观上要求金融监管必须具有一定的超前性、灵活性和预见性,事前防范胜于事后救济。即以金融衍生产品为例,国际硬法规则的制定远远落后于衍生产品的发展速度和交易实践。可以说,国际金融领域本身的特殊性决定了国际金融软法在未来仍有较大的独立发展空间。

必须指出,尽管国际金融软法在近年来获得了较快发展,并因其体现出的实际约束效果而受到人们关注,但也暴露出一系列的问题和不足,例如实施和遵守机制较弱、不同软法规则的实际效力存在差异等。这些都在一定程度上制约着国际金融软法进一步发挥作用。其

[25] 2000年至2007年间,工作组先后发布8份“不合作国家和地区”评审报告。截至2006年10月13日,因所有国家和地区都采纳了符合反洗钱最低标准的措施,该名单上的国家或地区已经被全部剔除。

[26] 参见 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。

[27] 参见 Weil Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?” *American Journal of International Law*, Vol. 77, (1983), pp. 413 - 442; Klabbers Jan, “The Undesirability of Soft Law”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 67, (1998), pp. 381 - 391。

[28] 参见 Snyder, “Soft law and Institutional Practice in the European Community”, p. 199。

中,国际金融软法制定主体的代表性不足这一问题尤其应当引起重视。随着经济全球化深入发展和新兴经济体的集体崛起,在全球经济问题和政策协调方面的广泛代表性和参与度至关重要。近年来,IMF 向以新兴市场国家为主的代表性不足的国家转移份额并由欧洲国家让出部分执行董事席位、二十国集团逐步取代七国集团的国际经济决策主导地位等事例都表明国际金融治理正在逐步走向公共化和透明化,这是一个良好的趋势。但与此同时必须注意,这种趋势仍然局限于较小的领域,多数国际金融治理主体仍然没有明显改进,从而导致其所制订的软法规则因为缺乏代表性而存在严重缺陷,并可能丧失产生实际效力的基础。例如,主权财富基金国际工作组于 2008 年出台的强调提高主权财富基金透明度的自愿性指导文件《圣地亚哥原则》,就因其更多地反映主要投资接受国的顾虑而相对忽视对投资接受国滥用监管权力的限制而受到一些学者的批评。^[29] 如前所述,软法的勃兴及其效力源自其外部性和社会性,因此只有在制定过程中更好地兼顾金融生态环境中息息相关的各类主体并强化公共参与,从而提高规则制订的透明度和问责性,更多地体现社会正义而非少数集团的利益,才能更好地实现国际金融软法的价值并促成其良性发展。

[Abstract] Against the background of the emergence of the global governance and civil society, a flourishing development of the global finance governance becomes an inevitable trend. Though soft international finance law has no legally binding force, yet it may produce a kind of actual binding effect in practice. The subject, scope of regulation and forms of manifestation of soft international finance law are extensive and of great diversity, they, therefore, can fill the regulation vacuum and make up for the inadequacy of the regulatory mechanism of hard international finance law. In contemporary global finance system, the actual binding effect of soft international finance law is mainly reflected through the process of transforming into hard law legally and practically. Looking from the perspective of development trend, besides transforming into international treaty, custom and domestic law, soft international finance law still has its independent space for development in a relatively long period of time, with its future development depending on further encouragement of public participation and transparency.

(责任编辑:廖 凡)

[29] 参见 Anthony Wong, "Sovereign Funds and the Problem of The Santiago Principles and the International Regulation", 34 *Brooklyn Journal of International Law*, 1081, 1099 (2009)。