

论欧盟金融服务法中的设立自由原则*

刘 轶**

内容提要：在欧盟金融服务法中，设立自由原则源于《欧共体条约》关于人员流动自由这一基本经济权利的规定，其基本精神是要求各成员国取消对共同体金融服务提供者跨境设立机构的各种限制，对于成员国法中符合公共秩序例外或者共同利益例外的限制性措施，设立自由原则是最低限度协调、相互承认和母国控制等原则的法律依据；对于不符合上述例外的限制性措施，该原则具有直接适用的法律效力。为了正确适用这一原则，欧洲法院在诉讼中应遵循严格的推理规则，依次对审理对象的性质、合法性和合理性作出认定。在新的历史时期，欧洲法院应当运用更为积极的方法来解释设立自由原则，藉此进一步提升欧盟金融服务市场一体化水平。

关键词：欧盟法 金融服务 基本原则 设立自由

实践中，跨境金融服务贸易的法律壁垒主要表现为限制市场准入和国民待遇限制的歧视性措施以及各国金融监管标准的差异有关的非歧视性措施。为了消除上述壁垒、建设单一市场，欧盟金融服务法以《欧共体条约》（EC Treaty）关于“设立机构的自由”（以下简称设立自由）的一般禁止性规定（general prohibitive provisions）为基础，结合欧洲法院（ECJ）的司法实践，确立了设立自由原则（freedom of establishment principle）。这一原则与服务自由原则（freedom to provide services principle）共同构成了欧盟金融服务法的基石，它们既是直接推动金融服务市场一体化的法律方法，又是单一金融服务市场立法的依据。研究设立自由原则的基本精神，厘清设立自由和服务自由这两项基本原则之间的关系，分析适用设立自由原则的推理规则，并对关于该原则的司法实践做出全面、客观的评价，将有助于我们深入地了解欧盟金融服务市场一体化法律机制，并准确地把握其发展趋势。

一 设立自由原则的基本精神

在欧盟金融服务法中，设立自由原则要求各成员国取消对共同体金融服务提供者跨境设立机构的各种限制，其法律渊源是《欧共体条约》第43条规定，即“……应当取消对一成员国国民（nationals）在另一成员国境内设立机构的限制。任何成员国国民在共同体任何成员国境内设立代表机构（agencies）、分支机构（branches）和附属机构（subsidiaries）的限制也应取消。”^①实际上，在《欧

* 本文系教育部人文社会科学重点研究基地2005年度重大研究项目“二十一世纪国际金融法律制度创新与发展研究”（批准号：05JJD820005）的阶段性成果，并得到了中国博士后科学基金项目（批准号：20060400691）的资助。

** 南开大学应用经济学博士后科研流动站在站博士后，法学博士。

^① 实际上，本条规定既适用于以独立劳务提供者（self-employed persons）的身份从事经营活动，也包括设立和管理企业。国内文献通常将与本条规定有关的权利称为开业自由或者营业自由。参见张智勇著：《欧盟货币金融法律制度研究》，法律出版社2006年版，第44-45页。但是，独立劳务提供者提供的服务是法律、会计、医疗等方面的专业服务，而不涉及金融服务。因此，在探讨欧盟金融服务市场一体化法律问题时，宜将上述权利称为设立机构自由。

共同体条约》中，设立自由并不是一项独立的权利，而是“人员流动自由”（free movement of persons）这一基本经济权利（fundamental economic rights）在金融服务市场一体化方面的具体体现。^①

设立自由原则旨在约束各成员国的立法和行政行为，消除各种关于跨境设立金融机构的歧视性和非歧视性限制措施，促进与设立金融机构有关的资金、管理经验和技术以及人力资源等要素在整个共同体市场上自由流转，确保服务提供者能够通过设立金融机构的方式在整个共同体市场上自由提供跨境金融服务。因此，认定成员国特定措施是否限制了设立自由的依据不是“歧视性标准”（criterion of discrimination），而是“功能性标准”（functional criterion），即应当分析这些措施是否可能对内部市场的建立和运行产生不利影响，是否妨碍了设立自由的实现或者导致行使这一权利的成本增加。^②

为了准确把握设立自由原则的基本精神，必须正确理解“机构”这一特定概念。从司法实践来看，“机构”既可以是跨境金融服务提供者的注册机构（registered office）、总机构（head office）等主要机构（principle establishment），也可以是在主要机构管理和控制下开展业务活动的代表机构、分支机构或者附属机构等次要机构（secondary establishment）。无论如何，跨境金融服务提供者必须有在成员国境内设立企业的明确意图，并通过固定的场所（fixed establishment）稳定而持续地开展业务活动。^③ 针对金融服务电子化程度日益提高的实际情况，欧洲委员会还进一步强调，“机构”是一个“以人为本”的概念（a “human” concept）。换言之，“机构”的业务活动必须有相应的人员负责管理。据此，在另一成员国境内提供服务的自动柜员机（ATM）等固定电子设备通常不构成“机构”。但是，如果特定电子设备附属于有关金融机构在该东道国境内设立的分支机构，则该电子设备应与上述分支机构一并构成“机构”。在东道国境内负责维护、装配设备并为客户处理技术问题的人员或者企业不构成有关金融机构在东道国境内的“机构”。^④

在欧盟金融服务法中，设立自由原则并非一概禁止成员国采取措施限制跨境金融机构在本国境内设立机构。具体地讲，该原则主要有两项例外，即公共秩序例外（public order exception）和共同利益例外（general good exception）。^⑤ 其中，公共秩序例外源于欧盟基本法的明文规定。根据《欧共同体条约》第 46 条，有关设立自由的规定以及据此采取的措施不得阻止成员国基于维护公共政策（public policy）、公共安全（public security）或者公共健康（public health）的理由，在法律、法规或者行政规章中对外国国民的待遇作出特别规定。共同利益例外则完全是由欧洲法院的判例法形成和发展而来的，是指成员国可以基于维护共同利益的理由对设立自由作出限制性的规定。在这里，共同利益泛指极为重要的公共利益要求（imperative public interest requirements）。

上述两项例外允许成员国在不违背设立自由原则基本精神的前提下，采取合理的措施来限制跨境金融机构的设立活动，以实现其社会政策目标。^⑥ 并且，无论是援引公共秩序例外，还是援引共同利益例外所采取的限制性措施，所体现的都应当是不具有经济属性的社会价值（non-economic values）。例如，“保护本国相关产业”就不属于公共秩序和共同利益的范畴。但是，在实践中，上述两项例外却有着不同的功能和作用。一方面，两者的适用对象不同。公共秩序例外适用于歧视性限制措施，共同利益例外则适用于非歧视性限制措施。换言之，如果成员国采取歧视性措施来限制服务自由，那么只

^① 《欧共同体条约》赋予了各成员国国民四项基本经济权利，即商品流通自由（free movement of goods）、人员流动自由（free movement of persons）、提供和接受服务自由（free movement of services）和资本流动自由（free movement of capital）。See EC Treaty, Part III, Titles I and III.

^② See, for example, C-79/01, *Payroll and Others*, [2002] ECR I-8923, para. 26.

^③ See, for example, C-205/84, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, [1987] ECR 3755, para. 21.

^④ 但是，欧洲委员会也强调，如果技术进步使得电子设备可以发挥与分支机构同等的作用，客户不再需要与有关金融机构的总机构联系就可以直接通过电子设备完成交易活动，欧洲委员会将会对上述意见进行修正。See Commission of European Communities, Commission Interpretative Communication on the Freedom to Provide Services and the Interest of the General Good in the Second Banking Directive, SEC (97) 1193 Final, *Official Journal*, C209/4 (June 20, 1997), p. 13.

^⑤ 根据《欧共同体条约》第 45 条的规定，设立自由原则不适用于任何成员国境内与行使官方权力（exercise of official authority）有关的活动，这就是所谓的国家权力例外。但是，这一例外很难适用于金融服务领域，因为欧盟内部市场上的跨境金融服务主要是由私人金融机构提供的，它们并不是行使国家权力的主体。即使某个金融机构为国有公司，其提供的提供跨境金融服务能否适用这一例外也无定论。迄今为止，欧洲法院的判例法尚未明确“行使官方权力”的具体条件。

^⑥ 根据《欧共同体条约》第 2 条的规定，欧洲共同体应“建立共同市场以及经济和货币联盟（EMU），并采取共同的政策和措施，以促进整个共同体经济的持续、稳定和协调发展，提高就业和社会保障水平，……提升经济活动的竞争力和一体化水平，……促进经济和社会的和谐发展以及各成员国的团结”。

有在符合维护公共秩序的要求时，此类措施才能够被认为是合理的；如果成员国采取非歧视性措施来限制服务自由，那么只有在符合维护共同利益的要求时，此类措施才能够被认为是合理的。另一方面，两者对社会利益的保护程度不同。公共秩序例外只保护“公共政策”、“公共安全”或者“公共健康”等最基本的社会利益（*fundamental interests of society*）。^① 共同利益例外所保护的社会利益则较为广泛和复杂。例如，“维护金融服务消费者的利益”不能成为成员国援引公共秩序例外的理由，但却被认为体现了一种重要的共同利益。^② 更重要的是，共同利益是一个开放的概念。而且，在不同成员国，共同利益的表现形式也可能有所不同。^③

二 设立自由原则与服务自由原则的关系

在欧盟金融服务法中，服务自由原则是与设立自由原则相对应的一项基本原则，该原则以服务自由这一基本经济权利为核心，要求各成员国取消对共同体金融机构直接提供跨境服务的各种限制，其法律渊源是《欧共体条约》第 49 条关于“提供和接受服务的自由”的一般禁止性规定。^④ 鉴于《欧共体条约》和一系列金融服务指令都对设立自由原则和服务自由原则做了不同的规定，明确两者之间的界限既能够为金融机构跨境开展业务活动提供一个明晰的法律框架，也有助于各成员国金融监管部门针对不同类型的跨境金融服务依法行使监管权力。

一方面，上述两项原则的适用条件不同。从《欧共体条约》第 50 条规定^⑤的措辞和有关司法实践来看，设立自由原则的前提是提供跨境服务的金融机构在东道国境内设立永久性的（*permanent*）机构。与此不同的是，服务自由原则既适用于金融机构通过实体移动（*physical movement*）的方式在东道国提供的跨境服务，也适用于在没有任何实体移动的情况下直接提供的跨境服务。并且，在通过前一种方式提供跨境服务时，金融机构的实体移动必须是临时性的（*temporary*）。这是设立自由原则与服务自由原则的本质区别。

另一方面，上述两项原则的调整对象有着不同的表现形式。设立自由原则旨在确保金融服务提供者能够在整个共同体市场上自由设立机构，服务自由原则旨在确保金融机构能够在整个共同体市场上自由提供服务。因此，限制设立自由的措施应当是与跨境金融机构设立和运营有关的“企业型规则”（*enterprise-related rules*），例如有关金融机构组织形式、营运资本、高级管理人员任职资格和股东身份的规定等。这些规则能够影响设立和维持跨境金融机构的决策或者跨境金融机构的组织结构和运营活动。限制服务自由的措施应当是与特定类型金融服务相联系的“产品型规则”（*product-related rules*），例如有关金融产品结构和服务提供方式的规定等。通常，上述“企业型规则”主要是东道国或者服务接受国法律的规定，上述“产品型规则”既可能是东道国或者服务接受国法律的规定，也可能是母国或者服务来源国法律的规定。^⑥

在实践中，为了正确理解设立自由原则与服务自由原则的关系，还应注意以下几个方面的问题：首先，虽然从《欧共体条约》的有关规定来看，适用服务自由原则的跨境金融服务必须是临时性的，但这并不意味着金融机构不得在东道国境内建立用来直接提供跨境服务的基础设施（*infrastructure*），如办公场所、电子设备等。在这种情况下，应当从持续性（*duration*）、常规性（*regularity*）、定期性（*periodicity*）和不间断性（*continuity*）等几个方面来综合判断有关跨境金融服务是否具有临时性的特

^① See EC Treaty, Art. 46 (1).

^② See M. Tison, *Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services*, in M. Andenas & W. H. Roth eds., *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 352.

^③ 目前，已经被欧洲法院认可的共同利益有：维护行业关系的稳定、保护服务接受者的利益、保护贷款人的利益并确保司法行政的效率、遵守职业道德、维护金融市场的良好声誉、防止欺诈、保护投资者和存款人的利益、保护劳工，也包括社会保障、社会秩序、保护知识产权、保护本国历史和艺术遗产以及文化政策和保护音像领域的文化多样性等等。See Commission of European Communities, “Commission Interpretative Communication on Freedom to Provide Services and the General Good in the Insurance Sector”, *Official Journal*, C43 (February 16, 2000), pp. 17-18.

^④ 关于服务自由原则的详细论述，参见刘轶：“论欧盟金融服务法中的服务自由原则”，《暨南学报（哲学社会科学版）》，2008 年第 2 期。

^⑤ 该条规定：“本条约所称服务，是指那些有偿提供的，且不适用条约中有关货物、资本和人员自由流动规定的服务。……在一成员国临时提供服务的人应与该成员国国民享受同等待遇。”

^⑥ See C-384/93, *Alpine Investment BV v. Minister van Financiën*, [1995] ECR I-1141.

征。^① 例如，如果某信用机构派遣其员工在另一成员国境内向已有的客户提供服务，那么有关的基础设施就不构成“机构”；反之，如果该员工利用上述基础设施在东道国境内开展与分行类似的业务活动，那么这些业务活动就应受设立自由原则的约束。

其次，如果金融机构为了规避在东道国设立永久性机构时应当遵守的职业行为规则（rules of professional conduct），在母国和东道国之外的第三方成员国设立机构而完全或者主要向东道国提供服务，那么上述情形属于滥用服务自由，仍应适用设立自由原则。但是，如果位于第三方成员国的服务接受者主动要求，金融机构在其本国直接对外提供的跨境金融服务仍然适用服务自由原则。

再次，通过在东道国设立的中介机构（intermediary）或者独立代表（independent person）提供服务的情况下，如果该中介机构或者独立代表获得了永久授权，能够代表有关金融机构向第三方当事人提供金融服务，并在被代表金融机构的管理和控制下开展业务活动，那么上述金融服务应适用设立自由原则。但是，这并不意味着该中介机构或者独立代表构成了有关金融机构的分支机构。事实上，中介机构有着独立的法律地位，仍应遵守其设立地所在成员国有关专业活动的监管规定。

最后，跨境金融机构可以同时分别提供适用于设立自由原则和服务自由原则的金融服务。随着信息技术的发展，金融机构越来越多地利用电话、传真和互联网等远程通讯工具长期提供跨境金融服务。因此，对于那些位于欧洲各主要金融中心的大型金融机构而言，同时行使设立自由权利和服务自由权利有着重要的意义。欧洲委员会强调，行使服务自由权利提供的金融服务与行使设立自由权利提供的金融服务可以完全相同，但由于适用设立自由原则和服务自由原则的跨境金融服务往往须遵守不同的监管规定，有关金融机构必须客观、明确地将特定业务活动归属于不同的类别。^②

三 设立自由原则的法律效力

针对跨境金融服务的限制措施可能是歧视性的，也可能是非歧视性的。其中，歧视性限制措施可能是符合公共秩序例外的，也可能是不符合公共秩序例外的；非歧视性限制措施可能是符合共同利益例外的，也可能是不符合共同利益例外的。对于不同性质的限制措施，设立自由原则有着不同的法律效力。

从欧洲一体化的历史来看，《欧共同体条约》关于设立自由的一般禁止性规定最初是仿效《1947年关贸总协定》（GATT 1947）的最惠国待遇和国民待遇条款制定的。^③ 这意味着，早期欧盟金融服务法与多边贸易体制有着相同的宗旨，即消除歧视性的贸易限制措施。为此，《欧共同体条约》要求欧共同体立法机构对各成员国法中符合公共秩序例外的歧视性限制措施进行协调，以确保设立自由的实现。^④ 这样，对于符合公共秩序例外的歧视性限制措施而言，设立自由原则是欧共同体金融服务市场一体化立法的依据。然而，对于那些符合公共秩序例外但尚未经立法协调的歧视性限制措施以及不符合公共秩序例外因而无需立法协调的歧视性限制措施，设立自由原则具有何种法律效力，《欧共同体条约》并没有明确规定。

当时，雄心勃勃的欧共同体立法机构试图通过制定金融服务指令建立起一种高度集中的体制，以“完全协调”各成员国的金融监管规则。由于欧共同体对实现上述目标的难度估计不足，而《欧共同体条约》又规定了“全体一致”的表决程序，金融服务市场一体化的进程非常缓慢以至几乎陷于停顿。在这种情况下，人们寄希望于设立自由原则能够在建设内部市场方面发挥更为积极的作用。1974年，欧洲法院在Jean Reyners案^⑤的判决中确认，《欧共同体条约》关于设立自由的一般禁止性规定是“无条件的”（unconditional），为成员国设定了“一项完整的义务”（a well-defined obligation），因而可以直接适用于未经协调的歧视性限制措施。换言之，欧洲法院可以依据设立自由原则对成员国法的有关规定与共

^① See C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] ECR I-4165, para. 25.

^② See Commission of European Communities, Commission Interpretative Communication on the Freedom to Provide Services and the Interest of the General Good in the Second Banking Directive, SEC (97) 1193 Final, *Official Journal*, C209/4 (June 20, 1997), pp. 9-14.

^③ [德]M. 希尔夫：“权力，规则和原则——哪一个WTO/GATT的法律导向？”，朱益宇译，《环球法律评论》2001年第2期。

^④ See EC Treaty, Art. 46.

^⑤ C-2/74, *Jean Reyners v. Belgian State*, [1974] ECR 631.

同体法的一致性作出认定。这意味着，对于符合公共秩序例外的歧视性限制措施，设立自由原则是进一步立法的依据；对于符合公共秩序例外但尚未经立法协调的歧视性限制措施以及不符合公共秩序例外因而无需立法协调的歧视性限制措施，设立自由原则具有直接适用的法律效力。

到了二十世纪七十年代，随着金融服务市场一体化进程的不断深入，欧共体立法机构认识到，在实现了国民待遇、取消了市场准入限制之后，各国金融监管标准之间的差异所导致的非歧视性限制措施成为了跨境金融服务最主要的法律障碍。于是，欧洲法院开始对上述一般禁止性规定的适用范围作出扩大解释，使之能够延伸适用于非歧视性限制措施。在*Dassonville*案^①的判决中，欧洲法院指出，如果成员国采取的非歧视性措施“直接或者间接地阻碍了共同体的内部贸易”，它们就应当受上述一般禁止性规定的约束；在共同体法尚未进行协调的领域，成员国可以采取限制性措施，但这些措施应当符合共同利益，不构成任意的歧视或者变相的贸易限制。否则，欧洲法院可以依据上述一般禁止性规定认定其非法。后来，从*Säger*案^②开始，欧洲法院在服务贸易方面也广泛地运用了上述规则。据此，只有那些合理的非歧视性限制措施才需要进行协调，而不符合共同利益的非歧视性限制措施不需要进行协调。这意味着，对于符合共同利益例外的非歧视性限制措施，设立自由原则是进一步立法的依据；对于符合共同利益例外但尚未经立法协调的非歧视性限制措施以及不符合共同利益例外因而无需立法协调的非歧视性限制措施，设立自由原则具有直接适用的法律效力。

与此同时，早期金融服务市场一体化的挫折经历促使欧共体立法机构和各成员国重新审视了原有的一体化方法。以*Cassis de Dijon*案^③为标志，遵循《欧共体条约》的基本精神，欧共体确立起了全新的，以最低限度协调原则为基础、以相互承认原则为补充、以母国控制原则为表现形式的一体化法律机制。其中，最低限度协调原则要求在金融服务监管的关键领域或者基本要素方面，确立一系列能够为各成员国普遍接受的最低标准，从而使各成员国的金融监管标准趋于一致；相互承认原则要求各成员国共同作出承诺，相互认可对方的监管规则，从而对跨境金融服务开放本国市场；母国控制原则要求金融机构提供跨境金融服务时，应当排他地接受母国的监管。根据这三项原则，欧共体先后在银行服务、证券和投资服务以及保险服务市场一体化领域制定了众多的指令，对各成员国金融监管标准广泛地进行了协调。^④ 目前，这些指令已经全面覆盖了金融机构市场准入、持续经营和市场退出监管以及与审慎监管密切联系的消费者补偿责任制度等各个方面。这样，就符合公共秩序例外的歧视性限制措施以及符合共同利益例外的非歧视性限制措施而言，欧盟金融服务法构建了一套两层次的基本原则体系，设立自由原则作为第一层次的基本原则，与服务自由原则共同成为了最低限度协调、相互承认和母国控制等原则的法律依据，而后三项原则作为第二层次的基本原则，则成为了欧共体金融服务市场一体化立法的直接依据。

四 适用设立自由原则的推理规则

如前所述，设立自由原则既可以适用于歧视性限制措施，也可以适用于非歧视性限制措施；既有立法依据的效力，又有直接适用的效力。在诉讼过程中，欧洲法院必须遵循一定的推理规则（rule of reasoning），才能正确运用这一原则。本文拟结合*Commission v. Italy*案^⑤和*Caixa-Bank France*案^⑥的判决说明这一推理规则的具体要求。

首先，欧洲法院应当查明审理对象在性质上是歧视性的，还是非歧视性的。*Commission v. Italy*案是欧洲委员会以意大利为被告提起的一个违反条约之诉，其审理对象属于歧视性限制措施。根据意大利法律的有关规定，只有经主管部门批准并在意大利注册为有限责任公司或者股份有限合伙企业的证券公司才能够从事可转让证券的交易活动。欧洲委员会认为，上述规定使得来自其他成员国的交易商

^① C-8/74, *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, [1974] ECR 837.

^② C-76/90, *Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd.*, [1991] ECR I-4221.

^③ C-120/78, *Rewe-Zentral v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] ECR 649.

^④ 参见刘轶：“论欧盟金融服务法中的最低限度协调原则”，《环球法律评论》2007年第3期，第121-128页；李仁真、刘轶：“论欧盟金融服务法中的相互承认原则”，《法学评论》2006年第4期，第77-84页；刘轶：“论欧盟金融服务法中的母国控制原则”，《法学论坛》2006年第3期，第131-137页。

^⑤ C-101/94, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, [1996] ECR I-2691.

^⑥ C-442/02, *Caixa-Bank France v. Ministère de l'économie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-8961.

无法通过设立分支机构或者代表机构的方式在意大利境内从事可转让证券交易活动。为了使其企业组织形式符合意大利法律的规定，它们必须负担额外的成本。因此，意大利法律的规定在表面上看似似乎是非歧视的，但实际效果却是歧视性的。^①

Caixa-Bank France 案是一个行政诉讼案件，其审理对象属于非歧视性限制措施。原告是一家在法国注册成立的银行，实际控制人系一家在西班牙注册的银行控股公司。该行在法国境内对帐户余额超过 1,500 欧元的活期存款支付 2% 的年息。但是，根据法国法律的有关规定，信用机构不得就欧元活期存款和存期不满五年的欧元定期存款向客户支付利息。被告法国银行和金融监管委员会（CBFR）要求原告不得继续开展上述业务，并取消现有合同中与支付利息有关的条款。原告不服，向法国最高行政法院提起诉讼，后者遂提请欧洲法院对适用《欧共体条约》第 43 条的有关问题作出先行裁决。欧洲法院认为，法国法律的上述规定适用于各国国民在法国开立的欧元帐户，并未在本国和其他成员国国民之间歧视性地实施，因而属于非歧视性措施。^②

其次，欧洲法院应当对审理对象的合法性做出认定。审理对象的性质不同，判断其是否合法的依据也有所不同。如前所述，设立自由原则可以直接适用于未经协调的限制措施，欧洲法院应当根据该原则来认定此类措施的合法性；对于有关金融服务指令已经协调的限制措施，无论这些限制措施是歧视性的，还是非歧视性的，设立自由原则都不能直接适用，欧洲法院都应当根据金融服务指令的具体规定来认定此类措施的合法性。在 *Commission v. Italy* 案中，欧洲法院指出，设立自由原则的首要目标是消除歧视，意大利法律的规定使来自其他成员国的证券公司无法通过设立分支机构或者代理机构的方式拓展业务，不得不负担组建新公司的高昂成本，显然构成了对外国证券公司的歧视，违背了设立自由原则。^③

就 *Caixa-Bank France* 案而言，欧洲法院认为，虽然《银行业综合指令》已经对各成员国关于信贷机构设立和开展业务活动的规则进行了协调，但该指令只适用于共同体信贷机构在其他成员国设立非法人机构的情形，并不适用于跨境金融机构在其他成员国设立子公司的情形。因此，应当依据设立自由原则，而不是有关金融服务指令来判断法国法律中禁止就欧元活期存款支付利息的规定是否合法。在此基础上，欧洲法院指出，对活期存款支付利息是外国信贷机构通过其子公司拓展东道国市场的有效手段；法国法律的规定不利于上述子公司在法国吸收公众存款，使之无法与网点众多的当地信贷机构有效竞争，构成了其进入法国市场的实质性障碍，限制了设立自由。因此，法国法律的上述规定是不合法的。^④

最后，欧洲法院还应对审理对象的合理性作出认定。成员国法中限制服务自由的措施都是不合法的。但是，这些措施如果符合公共秩序例外或者共同利益例外，就会获得得以维持的合理性基础，从而得到欧洲法院的支持。从司法实践来看，如果特定歧视性限制措施符合公共秩序例外的要求并且是“必不可少的”（*indispensable*），就应当被认为是合理的。^⑤ 在 *Commission v. Italy* 案中，意大利政府辩称，本案涉及的歧视性措施有助于维护意大利的公共秩序，在客观上是合理的（*objectively justified*），因为只有证券交易商在意大利境内设立了总机构，意大利主管部门才能够获取必要的信息并进行有效的监管。对此，欧洲法院指出，意大利主管部门完全可以通过设定行政许可程序、要求提供担保或者建立监管合作安排等方式来确保监管的有效性。虽然意大利法律的规定有助于维护本国的公共秩序，但却不是实现这一目标所必须的手段，因而不合理的。

相对而言，认定特定非歧视性限制措施是否符合共同利益例外的要求则应遵循较为严格和复杂评价标准和程序，需要法院根据案件的实际情况依次进行分析。首先，此类措施应当是基于与公共利益有关的重要理由（*imperative reasons*）而采取的；其次，服务提供者母国的法律没有对这种利益给予充分的保护；最后，此类措施是确保跨境金融机构遵守职业行为规则或者维护服务接受者利益所必需的，且没有超过必要的限度。换言之，其他限制程度较小的措施无法充分保护上述公共利益。总之，此类

^① See C-101/94, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, [1996] ECR I-2691, paras. 2-8.

^② See C-442/02, *Caixa-Bank France v. Ministère de l'économie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-8961, para. 3.

^③ C-101/94, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, [1996] ECR I-2691, para. 8.

^④ See C-442/02, *Caixa-Bank France v. Ministère de l'économie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-8961, paras. 12-17.

^⑤ See C-3/88, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, [1989] ECR 4035.

措施应当具有“必要性”(necessity)、“比例性”(proportionality)和“相称性”(suitability)。^① 在*Caixa-Bank France*案中,法国政府辩称,法国法律禁止就欧元活期存款支付利息的规定是基于鼓励中长期储蓄和维护消费者利益的考虑。对此,欧洲法院首席法律顾问泰兹诺(Tizzano)在法律意见中首先确认,法国法律的禁止性规定的确有助于实现上述目标。随后,他进一步指出,为了鼓励中长期储蓄,一概禁止对短期存款支付利息可能并不可行,而设定活期存款利率的上限或者采取一些鼓励中长期投资的激励措施等都不失为好的办法。并且,通过其他限制性程度较低的措施,也可以使消费者免费接受基本的银行服务。例如,最好的办法是允许消费者在“活期存款不支付利息+基本银行服务免费”与“活期存款支付利息+取消免费服务项目”这两者之间自主地做出选择。显然,法国法律的规定符合上述第一项“必要性”标准,但不符合第三项“相称性”标准,欠缺合理性。^② 据此,欧洲法院作出了对法国不利的判决。^③

五 设立自由原则的司法实践

如前所述,对于符合公共利益例外的歧视性限制措施以及符合共同利益例外的非歧视性限制措施,设立自由原则具有立法依据的效力;对于符合上述例外但尚未进行协调以及不符合上述例外而无需协调的歧视性和非歧视性限制措施,该原则具有直接适用的效力。事实上,随着金融服务市场一体化水平的日益提高,成员国法中的歧视性限制措施已经极为罕见。相对而言,各成员国法中非歧视地实施的监管规则颇为庞杂,而欧盟金融服务指令只是对其中与金融机构许可和审慎监管有关的规定进行了协调。在金融机构持续经营监管所涉及的行为规则(rules of conduct)方面,欧盟立法的协调程度还是相当低的。并且,与金融服务一体化立法这样一种积极一体化法律工具不同,设立自由原则不过是一种消极一体化法律工具。在该原则能够直接适用的领域,即使某个成员国法律的规定限制了设立自由,通常也只能由欧洲法院通过诉讼程序在事后对之进行监督。^④ 由此,有关设立自由原则的司法实践就成为了评价该原则实施状况的直接依据。

从欧盟金融服务市场一体化实践来看,关于商品流通自由的判例法既拓宽了设立自由原则的适用范围,也对服务自由原则的发展产生了深远的影响,这使得上述两项原则表现出了基本一致的发展态势。特别是,在适用上述两项原则的过程中,欧洲法院确立了相同的推理规则,即成员国国内法中的任何非歧视性规定都不得阻碍在整个共同体市场上自由设立金融机构或者直接提供跨境金融服务,但符合共同利益的规定除外。^⑤ 然而,对比分析的结果表明,欧洲法院并没有采用完全一致的方法来解释上述推理规则。

在适用服务自由原则时,欧洲法院一贯认为,上述推理规则的前提是成员国法的有关规定不得限制这一基本经济权利。据此,跨境金融服务提供者完全不必考虑遵守东道国的监管规则,可以迳行行使服务自由权利。当然,东道国监管机构很可能会根据其本国法的有关规定,采取某些非歧视的监管措施。但是,在由此引发的诉讼中,根据“谁主张,谁举证”的程序规则,东道国必须承担证明此类监管措施合理性的责任。特别是,如果该服务提供者能够证明母国的有关规定已经对特定利益给予充分的保护,欧洲法院通常就不会支持东道国的主张了。这样,在关于服务自由原则的案件中,跨境金融服务提供者自然处于有利的诉讼地位,欧洲法院往往会作出有利于推动金融服务市场一体化的判决。^⑥

在适用设立自由原则时,欧洲法院却坚持认为,上述推理规则的前提是跨境金融服务提供者应当遵守东道国关于金融机构许可和开展经营活动的规定。跨境金融服务提供者很可能会认为此类规定构

^① See Opinion of Mr. Advocate General Jabos in C-384/93, *Alpine Investment BV v. Minister van Financien*, [1995] ECR I-1141, para. 64.

^② See Opinion of Advocate General Tizzano in C-442/02, *Caixa-Bank France v. Ministère de l'économie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-8961, paras. 101-107.

^③ See C-442/02, *Caixa-Bank France v. Ministère de l'économie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-8961, paras. 21-22.

^④ 根据《欧共体条约》第 226 条和第 227 条的规定,某成员国未履行条约义务或者有违反条约义务的行为的,欧洲委员会或者其他成员国可以向欧洲法院提起诉讼;根据《欧共体条约》第 234 条的规定,成员国法院可以请求欧洲法院对共同体法的效力作出裁决或者对共同体法的有关规定作出解释。

^⑤ See, for example, C-347/02, *Commission v. France*, [2004] ECR I-7557. C-222/95, *Société Civile Immobilière Parodi v. Banque H. Albert de Bary et Cie*, [1997] ECR I-3899.

^⑥ See, for example, C-384/93, *Alpine Investment BV v. Minister van Financien*, [1995] ECR I-1141.

成了不必要的“重叠监管”(double regulation),但欧洲法院仍然认为,东道国的此类规定蕴含着“一种值得保护的价值”(an objective worthy of protection)^①。这就意味着,设立自由的实现是有条件的。据此,在诉讼中,根据上述证明责任分配规则,跨境金融服务提供者必须有效地证明东道国的有关规定不符合“必要性”、“比例性”和“相称性”等方面的要求,才能够获得欧洲法院的支持。毋庸置疑,由来自其他成员国的服务提供者挑战东道国实体规则的合理性是极不公平的。结果是,欧洲法院通过司法实践推动设立自由权利实现的可能性便大大降低了。^②显然,与服务自由原则相比,设立自由原则的直接效力是相对的,该原则在推动欧盟金融服务市场一体化方面的作用也是颇为有限的。^③因此,有学者指出,设立自由原则“仍处于禁止非歧视性限制措施的早期阶段……”^④。

实际上,欧洲法院对设立自由原则的直接效力持保守态度的做法是由不同类型跨境金融服务的特点所决定的。具体地讲,为了实现服务自由,跨境金融服务提供者必然会通过实体移动的方式在东道国提供跨境服务,或者在没有任何实体移动的情况下直接提供跨境服务。实践中,前一种跨境服务天然具有临时性和偶发性的特点;在欧盟金融服务市场一体化的早期阶段,后一种跨境服务则更不普遍。这就决定了,适用于服务自由原则的跨境服务对东道国金融市场和金融服务消费者的影响甚微。然而,为了实现设立自由,跨境金融服务提供者必然要在东道国境内设立永久性的机构,稳定而持续地参与东道国的经济生活,对东道国金融市场和金融服务消费者的影响,与东道国金融机构相比并没有显著差异。鉴于不同类型的跨境服务对东道国的影响程度不同,从维护东道国金融市场的安全和稳健、保护金融服务消费者利益的角度来考虑,有必要通过限制设立自由原则直接效力的方式为东道国保留适当的监管主权。

值得注意的是,近十几年来,欧洲经济和货币联盟(EMU)的建立以及信息技术的迅猛发展催生了互联网等多种新兴的跨境金融服务提供方式。适用服务自由原则的跨境金融服务不仅越来越广泛、复杂,而且对东道国金融市场和金融服务消费者的影响也日益重大,这就极大地削弱了采用不同的方法来解释设立自由原则和服务自由原则的理论基础。因此,我们认为,在新的市场环境中,欧洲法院理应以更为积极的态度对待和解释设立自由原则,强化其直接效力,使之在欧盟金融服务市场一体化深入推进的过程中,至少发挥与服务自由原则同等重要的作用。首先,《金融服务政策(2005-2010)白皮书》明确指出,现阶段欧盟金融服务市场一体化的目标是“培育单一、开放、竞争和高效的金融服务市场,使各种金融服务和资本能够以最低的成本在整个欧盟范围内自由流动……”^⑤。因此,综合运用包括设立自由原则在内的各种法律工具,进一步消除阻碍跨境金融服务的非歧视性限制措施,是实现上述目标的必然要求。其次,虽然通过实施《金融服务行动计划》(FSAP)^⑥,欧盟立法机构先后制定了一系列金融服务条例和指令,立法程序的效率和开放性也都大大提高,但跨境金融服务监管规则的诸多方面仍缺乏协调,欧盟金融服务市场一体化立法任重道远。强化设立自由原则的直接效力能够充分发挥消极一体化法律工具的作用,使之与积极一体化法律工具相辅相成,弥补金融服务立法的不足。再次,采用相同的方法来解释设立自由原则和服务自由原则,能够为适用不同原则的跨境金融服务建立统一、明晰的法律框架,防止跨境金融服务提供者可能采取的法律规避和监管套利行为。最后,也是更重要的,调整设立自由原则的解释方法,只是改变了适用相关推理规则的前提条件以及承担证明责任的主体,并不改变该推理规则本身以及证明责任的分配规则,不违背《欧共体条约》关于设立自由原则的规定及其基本精神,我们完全不必担心欧洲法院的司法能动性超出合理的范围。

^① C-292/86, *Gullung v. Conseils de l'Ordre des Arocats*, [1988] ECR 111, para. 29. 值得注意的是,《欧共体条约》第43条第2款明确规定,行使设立自由权利应“遵守东道国法律适用于本国国民的规定”。然而,在关于服务自由原则方面,欧共体条约中并没有类似规定。

^② See, for example, C-55/94, *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, [1995] ECR I-4165.

^③ See Wulf-Henning Roth, “The Freedom of Establishment and the Free Provision of Services in the Financial Services Sector”, in J. Stuyck et al., *The European Economic Area EC-EFTA. Institutional Aspects and Financial Services*, Kluwer Law International, 1994, pp. 84-85.

^④ E. I. Kaldellis, “Freedom of Establishment versus Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Development in the Area of Indistinctly Applicable Rules”, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 28, Iss. 1, 2001, p. 39.

^⑤ European Commission, White Paper on Financial Services Policy (2005-2010), COM (2005) 629 Final (Jan 12, 2005), p. 4.

^⑥ The European Commission, Financial Services: Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan, COM (99) 232 Final (November 5, 1999).