



6

1999

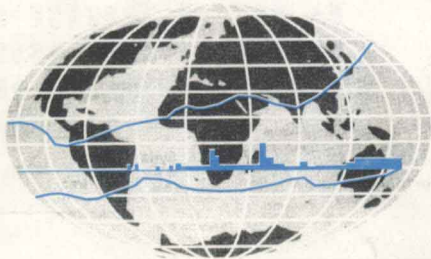
Financial
Law
Forum

金融法苑

总 第 十 八 期

北京大学金融法研究中心编

- 论金融信用发展与执法效果
- 恶意取得票据，不得享有票据权利
- 国际项目融资



法 律 出 版 社

PUBLISHING HOUSE OF LAW

金 融 法 苑

1999 年第 6 期 总第 18 期

北京大学金融法研究中心 编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

金融法苑 总第 18 期/北京大学金融法研究中心
编. - 北京:法律出版社, 1999.4

ISBN 7-5036-2768-9

I. 金… II. 北… III. 金融-财政法-中国-
普及读物 IV. D922.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 05542 号

出版·发行/法律出版社 经销/新华书店

责任印制/李 跃 责任校对/何 萍

印刷/铁道部第十八局一处涿州印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/2 字数/50 千

版本/1999 年 4 月第 1 版 1999 年 4 月第 1 次印刷

印数/00,001-15,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266883(发行部) 63266796(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2768-9/D·2480

定价:3.20 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

保障“合法利益”与维护“信用基础”

——金融立法本质小议

金融立法第一要旨是什么？是保护参与者的“合法利益”，还是维护金融整体运行的“信用”基础？这个问题在我国金融立法中，尚未引起人们的注意。我国金融立法强调保障“合法利益”有余，而对维护“信用基础”的规定不足。

两个最明显的例子，分别在《商业银行法》和《证券法》的第一条。前者规定“保护商业银行、存款人和其他客户的合法权益”，后者规定“保护投资者的合法权益”。两部金融法均将“保护权益”作为立法目的之一，但在一个信用基础不完善的金融交易中，徒法实难对“合法权益”实现有效保障。人们看到了无数欠款不还之企业，目睹虚假上市之公司，耳闻抵押物不能执行的判决，面对空头支票欺诈的无奈。遵守信用本是金融交易中第一游戏规则，法律将此排在保护合法权力之后，使法律对无信用者不能产生威慑力。

金融交易以信用为基础，金融交易游戏规则要求人们先做信用承诺，法律对违反承诺者处罚。金融交易中的信用早于法律，信用于之法律，“足”于之“履”。法律适应信用，法律保护信用，就像“履”适于“足”，“履”亦保护“足”的道理是一样的。反之，足之不存，履将焉附。

随着金融交易的规模增大，交易速度提高，交易时空扩张，更依赖于坚强的信用基础和多样化的信用工具了。试想今天国际贸易假如没有信用证，假如大众的日常消费没有信用卡，世界将会怎样？而信用证与信用卡的广为使用，既依靠其自身游戏规则的力量，又赖于法律为后盾。金融立法与司法的过程与金融体制改革过程同步，金融体制改革以信用为基础，又以信用为目标，金融立法的要旨在于做信用之后盾。

(慧聪)

敬请读者注意：

征询意见

最近，我们收到一些读者的意见，反映说《金融法苑》的栏目设置比较少，而且培训栏目比较分散，所以建议我们改版为每月一期，这样也比较便于保存。

我们仔细考虑了一下这些读者的建议，觉得也未必不是一个好办法。自从1998年8月创办以来，我们花费了大量的心血在栏目的设置与稿件的组织上。虽然获得了许多读者与专家的好评，甚至在一些地方银行还出现了读者争阅的现象，但是，说句实话，我们一直还不满意。我们觉得我们还可以做得更好，我们相信我们能够做得更好。

所以，我们也希望通过改版，设置一些对大家更有帮助，更有可读性的栏目，同时在写作上增加文章的信息量。目前的初步设想是：将《金融法苑》改为每月一期，页数是原来每期的2倍；8个培训栏目放在一起，同时再适当增加一些新栏目。

在我们做出正式的决定前，亲爱的读者，我们还希望能知道您的意见。我们的决定会建立在你们的意见之上。

来信请寄：北京大学法律学系金融法研究中心

邮编：100871

电子信箱：fl_forum@hotmail.com

电话：(010)62753073、62756048

《金融法苑》编辑部

1999年4月8日

目 录

专论

- 论金融信用发展与执法效果 吴志攀 (1)

金融法庭

- 恶意取得票据,不得享有票据权利 张政燕 (8)

金融法律名著评介

美国证券交易委员会的风云史

- 乔尔·赛利格曼《华尔街的演变》..... 杨 亮 (14)

海外金融法透视

- 美国控制银行欺诈犯罪的发展歷程 唐应茂 (18)

- 知识库 张为一 (24)

北京大学金融法培训课程

国际业务与法律

- 第八讲 国际项目融资(四) 陈炜恒 (27)

中间业务与法律

第八讲 违约与违约责任

- 融资租赁的法律问题(三) 姜丽勇 (34)

金融电子化与法律

第八讲 数字化货币的发展及产生的法律问题

..... 朱绵茂 (40)

金融监管与法律

第八讲 对商业银行的非现场检查 郭 雳 (47)

金融与法律资讯文摘 江 枫 (54)

要闻回顾 志 高 (57)

【专论】

论金融信用发展与执法效果

□ 吴志攀

一、金融执法效果与金融信用发展有关

金融法律应当符合金融业发展的客观规律,也要符合市场运作的特点和业内人士操作的经验。如果要问:“什么是金融业发展的规律呢?”笔者认为可以这样回答:金融业是以参与者的信用为基础,又以金融信用为工具的,要求稳健发展的行业。金融市场的操作特点可以表述为:在金融市场参与者公平竞争基础上的契约自由与经营自律。金融法律要符合这些规律和特点,法律执行才有预期效果。

金融法律的内容要尽可能符合金融发展的客观规律,保障和促进金融市场的发展。如果不反映这些规律和特点,金融法律就不容易被金融市场所接受,金融市场的参与者也不能在较大程度上自觉地执行法律。

为什么金融法律需要上述的价值取向？因为金融市场中的一个特点就是资金的安全与流动，具体表现为金融信用可靠与流动性。因为金融并不一定像履行实物产品合约那样，要求实物交付，或实际履行，或强制执行。而金融业的合约只要实现了资金的流动性，合约的目的就实现了。而现代的资金流动又是以信用为工具的。

如果上述金融法律所反映的规律和特点能被市场接受的话，金融信用的基础就可以完善起来。我国目前的金融市场信用还不够，还是政府的行政信用来支撑着金融业的运行。离开了政府信用，金融机构的运行将变得较为困难。

上述情况也表现在金融法律上。虽然我国的金融法律也规定了若干市场金融信用的内容，但是，在金融市场中真正的信用还没有建立，所以，法律规定了，也不容易执行。一个明显的例子就是国有商业银行对一些国营企业的贷款中形成的呆帐。国营企业到期不还银行的贷款成为比较普遍的现象。有些国营企业没有钱不还贷款，有些企业有了钱也不想还贷款，这就是金融市场没有信用基础的明显信号。

法院对银行与企业之间的贷款协议也没有办法执行。所以，一些银行在遇到国营企业欠债时，干脆不想打官司了。因为他们知道：打赢了官司，法院也执行不了，还白搭上诉讼费和律师费。我国的律师行业虽然

成为了新兴知识产业,律师们的收入增长很快,但是,金融执法的情况没有明显好转,这也反映了诉讼业与执法效果相脱节的现象。于是出现了银行“丢失一只羊,吃掉一口猪;牵走一头牛,找回一只鸡”^①的说法,这些民间的说法反映了我国目前有关金融法律可执行性的程度。

金融法律的执法效果不理想,原因不全在法律本身,而在于我国的金融市场信用基础还没有建立。要建立金融市场信用基础,需要经过三个发展阶段:第一,信用的商业道德化阶段;第二,信用的商业化阶段;第三,信用的证券化阶段。法律要随同上述发展阶段而同步发展,执法的效果才能发挥出来。

二、信用发展的不同阶段

1. 信用的道德化阶段

信用的道德化阶段是最早形成的。我国古代有丰富的信用道德的文化思想资源,例如,儒家文化有许多对君子的行为规范,例如:“言必行,行必果”,还有“君子一言,驷马难追”。要成为“君子”,就必须成为一个有信用的人;而“小人”,则看重利益,不讲信誉。

在我国民间中,也有借钱或借物时要守信用的习惯,例如“好借好还,再借不难”,这句俗语话虽简单,但

^① 厉以宁著,《股份制与现代市场经济》,江苏人民出版社出版,1993年,第234页。

是意义深刻。在民间小额金钱借贷中,依然适用这些习惯。一旦某人借钱不还,特别是有钱也不还时,他在商业社会中的信用度便极大降低了,最后,他会被人们视为“赖帐”的人,被人们淘汰出商业社会。现在,我国民间仍然处于信用的道德化阶段之中,民间的小额借款有时不用写借据,全凭借款者的个人信用。这就是信用的道德化阶段的表现。

政府在金融市场上也享有非常高的道德性信用。老百姓对政府的信用深信不疑,就好像“父母”对“子女”的信用一样,是信用无价,信用至上的。这也反映了我国的政府官员是人民的“父母官”的传统。

2. 信用的商业化阶段

信用的商业化发展阶段,是将信用记录当作一种“信息商品”进入市场,像所有信息商品那样可以买卖。在发达国家的市场上有专门经营“信用记录”的公司,该公司从各种金融机构有偿收集客户们的信用记录资料,将这些信用记录的原始资料整理后,输入计算机的数据库。现在信用信息公司已经发展到了将数据库用光缆同各个金融机构连接,随时提供在线服务。当银行和信用卡公司需要了解或调查某个客户信用记录时,可随时从信用记录公司买这些记录资料。

由于有了信用记录资料商业化,在金融市场上就形成了“市场信用的纪律约束”。信用纪律的约束方式表现在:商业银行和信用卡公司对于信用记录不好的

客户,就不会发放贷款或提供信用卡。这是对客户个人的信用记录商业化。

对于金融机构的信用也被商业化了。国际上有几家著名的金融机构信用评级公司,如美国的标准普尔公司、穆迪公司等。这些国际著名的大公司专门对金融机构进行信用评级。这就是这些公司的生意,它们每天经营的是对金融机构的信用评级。

金融机构如果在国际市场上发行债券,发行价格和发行成本与该金融机构的信用级别有相当大的关系。当金融机构的信用级别越高时,发行债券的成本越低。反之,金融机构的信用级别越低,它发行债券的成本就越高。所以,这些信用评级公司的评级方法与技术,也成为商业市场的知识产品。

3. 信用的证券化阶段

信用发展到证券化阶段是指原来由一个或两个担保人来承担的贷款信用,采用由大众来担保。保险经营就是信用契约化的典型。保险公司单独是没有能力承担被担保的风险的,但是保险公司通过了一个风险分散的特殊经营,由大众买保险后来分担风险,保险公司就可以承担较大的风险了。

同样的道理也适合于贷款的担保经营方面。当担保人采用发行债券的方式,将担保的风险分散给大众时,担保人的风险也同样可以减少。这种做法就是信用的证券化。通过证券的方法,以支付一定利息为条

件,向大众出售担保证券、债券或契约,以及商业票据,可以筹集到大众担保的资金。到了信用证券化的阶段,有关信用的法律就更加容易执行了。

信用好的大型金融机构,可以以较低的成本发行债券,再将低成本获得的资金转给融资成本较高的小型公司,这通常是大型国际银行总行对海外分行提供资金的主要方法,这也相当于总行对分行的信用担保的一种证券化。

信用的证券化是采用市场的方法,将信用担保的履行变成了依靠市场来保障,而不是基于个别金融机构或个别人的道德水平。

三、提高执法效果的市场基本环境

金融法律在信用的道德化阶段,执法的效果不理想是可以理解的。因为缺乏市场化的经营技术的支持,特别是在我国的司法历史传统中,行政与司法合一,行政长官同时也是法官,对案件往往采取“息讼”的主导思想。具体采取的处理方法也是“情”、“理”和“法”三种手段合一。法官将“情、理和法”之间的关系看成是“三位一体”的。古代行政官对金钱债务案件先“动之以情”,然后再“晓之以理”,最后才是“绳之以法”。古代的法官是难以强迫一个没有饭吃的债务人向另一个不缺钱花的债权人还钱的。杜甫诗句中有“朱门酒肉臭,路有冻死骨”的名句,这也反映了古代道

德的“均富”观。

现在的法官也同样难以强制将要露宿街头的欠租房客,将房屋还给并不缺房子住的房东。同样,目前在国营企业生产不景气,企业职工面临下岗的情况下,法官对于向银行还贷的强制执行,也受到“情与理”的影响。所以,信用的商业道德经常与“均富”的人文道德融合在一起,在司法中起作用。所以,单纯看待执法效果,就容易得出执法效果不理想的想法,实际上是我国的信用发展阶段限制了执法的效果。

信用的商业化和证券化,是真正解决金融市场信用不好的有效方法。采用信用商业化的方法,就是采用了以“预防为主”的方法,对信用记录不好的客户,银行可以采取预防措施,限制不良后果的发生。采用信用证券化的方法,是针对信用出现问题时的救济方法。由于大众分担信用风险,所以,再大的风险也会被“由大化小,由小化了”。信用承诺的执行有了市场和经营技术的支持,就变得真正可行了。

我国的金融机构前一阶段反映出来的资产质量不好,解决这一问题的根本出路在于市场信用建设的完善。法律不是全能的,法官的作用也是有限的,再好的法律也只有在金融市场信用制度完善的情况下,才能发挥出预期的理想执法效果。

金融法庭

案情：

A公司向甲银行申请贷款300万元，甲银行因无资金，四处求援。邻市B公司经理来甲银行找到信贷科科长称：我市乙银行营业部（以下简称乙营业部）主任托我转告你，乙营业部同意解决数百万元资金，请尽快办理手续。次日，A公司经理、甲银行信贷科科长、B公司经理、乙营

恶意取得票据，不得享有票据权利

□ 张政燕

业部主任就借款事项进行了商谈。根据乙营业部主任的意见，各方达成了口头协议：先由A公司开出以B公司为收款人的700万元汇票，经甲银行承兑后，再由B公司送交乙营业部办理票据贴现；所得700万元资金转汇甲银行300万元，由其贷给A公司使用，留下的400万元由B公司使用，到期后由乙营业部收回各方款项。

当场，甲银行办理了金额分别为300万元

和400万元的两张银行承兑汇票（汇票上没有填写交易合同号码和承兑契约编号），一并交给了乙营业部。当天，乙营业部即办理了票据贴现，并于第二天以B公司的名义转汇甲银行300万元，留下的400万元以B公司名义偿还了欠交乙营业部的老贷款。

后来，A公司提前两个多月偿还了300万元本息，甲银行

亦提前归还了B公司,B公司又给了乙营业部。票据到期后,因B公司无力偿还400万元本息,乙营业部要求甲银行承担付款责任,遭到拒绝。于是,乙营业部以甲银行为被告,以A公司、B公司为第三人诉至法院。

乙营业部诉称:银行承兑汇票一经出票,在形式上就受到法律保护,被告甲银行在该票据期满时,负有无条件支付票款的义务。

甲银行辩称:该银行承兑汇票虽然在形式上有效,但其内容尚缺少商品交易合同和承兑契约,违反了有关规定;B公司与乙营业部意思表示不真实,在B公司无力偿还以前欠乙营业部贷款的条件下,恶意串通,骗取甲银行进行承兑,应属无效行为;况且,甲银行已偿还了实际使用的300万元贷款本息,另外400万元应由占用票款的B公司偿还,转化为纯信用贷款的债权债务关系。

法院判决及理由:

法院审理后认为:各方为了单位的利益,在不同程度上都有违法行为,但该银行承兑汇票具有法律效力,甲银行应承担到期付款的责任。据此,法院作出判决:(一)甲银行应划付乙营业部票款700万元,扣除已划付300万元外,应补划400万元及利息;(二)B公司应划付甲银行400万元及利息;(三)其他各方的经济损失由各自承担;(四)乙营业部主任、甲银行信贷科科长、A公司经理、B公司经理是本案的直接责任人,由各自的行政主管部门根据各人的违法违章情况,分清责任,予以严肃的行政处分。

评析:

要想处理好本案,应首先明确两个问题,即:票据是否有

效、乙营业部是否享有票据权利，以下分述之。

一、该银行承兑汇票为有效票据

很显然，案中所涉四方当事人都存在违法行为。A公司、甲银行、B公司、乙营业部出于不同的目的，利用票据的形式为A公司、B公司非法融通资金，违反了金融管理规定及票据法的有关规定，扰乱了金融管理秩序。但是，这些违法行为并不必然导致票据无效。我们知道，票据是无因证券，票据行为具有无因性。虽然票据当事人授受票据总有一定的理由，但该理由是合法的，还是非法的，都不会影响票据的效力。只要具备了合格的形式和法定的记载事项、文义明确、签章真实，票据就具有了法律效力，完全可以在市场上流通。

本案中，A公司签发、甲银行承兑的汇票中缺少“交易合同号码”和“承兑契约编号”，会不会使得汇票无效呢？答案是否定的。因为《票据法》第22条规定：“汇票必须记载下列事项：（一）表明“汇票”的字样；（二）无条件支付的委托；（三）确定的金额；（四）付款人名称；（五）收款人名称；（六）出票日期；（七）出票人签章。汇票上未记载前款规定事项之一的，汇票无效。”也就是说，“交易合同号码”和“承兑契约编号”虽是中国人民银行规定的统一格式的银行承兑汇票的两项内容，但它们不是汇票的绝对记载事项，填写与否不会影响到票据的效力。

所以，该银行承兑汇票为有效票据。

二、乙营业部不是合法的票据权利人

手中持有了有效的票据，并不自然地享有票据权利，因为法律只保护善意持票人的利益。根据《票据法》的规定，如果持票人取得票据时欠缺善意，不得享有票据权利，票据债务人